





## **GACETA JUDICIAL**





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

# **GACETA JUDICIAL**

Director  
**Víctor Manuel Núñez**  
Ministro

Año 2013 – Número 4



Asunción, Paraguay

- © Corte Suprema de Justicia – Instituto de Investigaciones Jurídicas.  
Gaceta Judicial  
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay  
Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

**GACETA JUDICIAL N° 4**

Corte Suprema de Justicia; Instituto de Investigaciones Jurídicas.  
GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.  
Primera edición 2013: 1.000 ejemplares

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

Dr. Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Ministro responsable  
Abog. Carmen Dora Montanía, Directora I.I.J.

**COORDINACIÓN: GACETA JUDICIAL - I.I.J.**

Abog. Natalia María Muñoz Carman, Investigadora.

**EQUIPO DE ELABORACIÓN:**

Abog. Natalia María Muñoz Carman, Investigadora.  
Abog. Patricia Verón, Investigadora.  
Teresita Fernández de Fernández, Asistente.  
Christian Forte, Auxiliar.  
Gustavo Sánchez, Asistente

Contactos: [revistagacetajudicial@gmail.com](mailto:revistagacetajudicial@gmail.com) . Tel: (021) 420570, interno 2790

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

Caballero 270; *teléfs.*: 496 991 - 449 738  
*Fax*: (595-21) 448 721  
*Pág. web*: [www.libreriaintercontinental.com.py](http://www.libreriaintercontinental.com.py)  
*E-mail*: [agatti@libreriaintercontinental.com.py](mailto:agatti@libreriaintercontinental.com.py)

*Diagramación*: Gilberto Riveros Arce

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

**ISBN: 978-99967-37-27-5**

## PRÓLOGO

Culminamos una edición más de la Gaceta Judicial, y con ella también la última etapa de este año 2013. Y observando el trabajo realizado solo podemos agradecer a todas las personas que han colaborado en alguna instancia, a la realización tanto de forma como de contenido de estas obras.

En la parte doctrinal del libro podemos acceder a leer y sacar nuestras conclusiones sobre un tema de mucha repercusión social y jurídica: la “*Restitución nacional e internacional*”, escrito realizado por el camarista de la Niñez y adolescencia de la capital Dr. Manuel Silvio Rodríguez.

Entre los fallos seleccionados en esta obra se tocan temas como el alcance del carácter público de la información, derecho de marcas y la confusión de logotipos y letras, cobro de pagarés con un monto diferente al del documento, delitos de lesa humanidad y su indemnización, cheque y la acción de regreso. También logramos acceder a jurisprudencia interesante de camaristas de la ciudad de Misiones que tratan de la validez como prueba confesoria, de declaraciones realizadas en sede policial, y en otro fallo, la reunión en una misma persona, como querellante e imputado.

Estas publicaciones trimestrales son, sin duda, instrumentos necesarios para el estudio y actualización del derecho de fondo y forma, con ellas se busca reducir las improvisaciones, errores o desconocimientos que pueden llegar a ocurrir en el transcurso de un juicio o proceso judicial.

Agradecemos el apoyo de los profesionales del foro que se acercan con la finalidad de que esto continúe, aportando ideas, de tal manera que vaya publicándose cada vez más.

Finalizando estas palabras, solo nos resta expresarles a toda la comunidad jurídica, nuestro deseo de ¡Felices Fiestas! y que, cada año que sumemos a esta noble profesión, defendamos a la Justicia y solo a ella.

Coordinación GACETA JUDICIAL



## CONTENIDO

1. PRÓLOGO .....	7
2. ÍNDICES	
– Índice Temático .....	15
– Índice por Tribunales .....	21
3. DOCTRINA	
Restitución Nacional e Internacional, por <i>Mag. Dr. Manuel Silvio Rodríguez</i> .....	25
4. JURISPRUDENCIA	
<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>	
RECURSO DE CASACIÓN. Legitimación activa en la casación. Trámite del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación. CSJ. Sala Penal. 5/11/12. (Ac. y Sent. N° 1.597) .....	35
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ARBITRARIEDAD. Resolución judicial arbitraria. CSJ. Sala Constitucional. 15/11/12. (Ac. y Sent. N° 1.947) .....	47
DIVORCIO. Causales de divorcio. Malos tratos. CSJ. Sala Civil. 16/11/12. (Ac. y Sent. N° 1.954) .....	54
RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso. C.S.J. Sala Penal. 16/11/12. (Ac. y Sent. N° 1.956) .....	69
RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. COSTAS. Costas a la demandada. CSJ. Sala Civil. 30/11/12. (Ac. y Sent. N° 2.073) .....	72

CONTENIDO

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia. CADUCIDAD DE INSTANCIA. CSJ. Sala Civil. 30/11/12 (Ac. y Sent. N° 2.074) .....	77
SIMULACIÓN. Simulación lícita. REIVINDICACIÓN. CSJ. Sala Civil. 4/12/12. (Ac. y Sent. N° 2.079) .....	91
INDEMNIZACIÓN. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA. CSJ. Sala Civil. 4/12/12. “L.A.C. c/ A.S.V. s/ Ind. de Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 2.090).....	104
MEDIDAS CAUTELARES. AMPARO. Admisibilidad y procedencia. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho de los pueblos indígenas. CSJ. Sala Constitucional. 06/12/12 (Ac. y Sent. N° 2.123) .....	111
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la tortura y otros delitos. DELITOS DE LESA HUMANIDAD. CSJ. Sala Constitucional. 06/12/12. (Ac. y Sent. N° 2.125) .....	122
ACCIÓN PENAL. Acción Pública. ACUSACIÓN. INCIDENTE. Incidente de Nulidad. JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Auto de Apertura al juicio oral y público. MINISTERIO PÚBLICO. Funciones de los fiscales. RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación. CSJ. Sala Penal. 07/12/12 (Ac. y Sent. N° 2.129) .....	127
FUNCIONARIO PÚBLICO. Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública. CSJ. Sala Constitucional. 10/12/12 (Ac. y Sent. N° 2.144) .....	139
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los servicios nacionales. DINATRAN. MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN. Competencia en servicio de transporte público. SETAMA. CSJ. Sala Constitucional. 11/12/12 (Ac. y Sent. N° 2.156) .....	144
ACCIÓN DE AMPARO. Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a informarse. Libertad de expresión. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ley N° 1/89. COSTAS. Costas en el orden causado. DEFENSOR DEL PUEBLO. ESTADO. Fuentes Públicas de Información. FUN-	

CONTENIDO

CIÓN PÚBLICA. Datos sensibles. FUNCIÓN PÚBLICA. Datos sensibles. REGISTROS PÚBLICOS. ESTADO. Fuentes Públicas de Información. FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos. CSJ. Pleno. 15/10/13. (Ac. y Sent. N° 1.306) .....	156
<b>TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL</b>	
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Responsabilidad del Funcionario y Empleado público. ESTADO. Responsabilidad objetiva. ESTADO. Responsabilidad subsidiaria del Estado. FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 1/10/12 (Ac. y Sent. N° 142) .....	175
COMPETENCIA. Competencia desleal. CONVENIO DE PARÍS. DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas. TApel.Civ. y Com. Segunda Sala. 02/10/12 (Ac. y Sent. N° 145) .....	186
ACTOS JURÍDICOS. COMPETENCIA. Competencia civil y comercial. Competencia contencioso-administrativa. Cuestión de competencia. Competencia material. DOMINIO. Transmisión del dominio. ESTADO. Bienes del dominio privado del Estado. Inenajenabilidad relativa. LEGITIMACIÓN PROCESAL. NULIDAD. Nulidad de oficio. POSESIÓN. Acciones posesorias. Limitaciones al derecho de posesión. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. POSESIÓN. Acciones posesorias. Limitaciones al derecho de posesión. PRUEBA. Carga de la prueba. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 5/10/12 (Ac. y Sent. N° 147) .	191
CERTIFICADO DE DEPÓSITO DE AHORRO. Autenticidad. COSA JUZGADA. Cosa Juzgada material. Juicio ordinario posterior. JUICIO EJECUTIVO. Principios generales. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior. TApel. Civ.y Com. Cuarta Sala. 30/08/12 (Ac. y Sent. N° 84) .....	211
JUICIO EJECUTIVO. PAGARÉ. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 30/08/12 (Ac. y Sent. N° 85) .....	217
EXCUSACIÓN. Impugnación de la excusación. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 31/08/12. Juicio: (A. I. N° 479) .....	220

## CONTENIDO

RECUSACIÓN. Recusación con causa. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 05/09/12. (A.I N° 485) .....	222
PRUEBA DE CONFESION. Absolución de posiciones. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 11/09/12. (A. I. N° 505) .....	227
COSTAS. Imposición de costas. Costas en el orden causado. MANDATO. Representación procesal. NOTIFICACIÓN. Notificación personal. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 27/09/12. (A. I. N° 561)	230
COSA JUZGADA. CULPA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del ilícito. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 03 / 10/12. (Ac. y Sent. N° 103) .....	236
CONTRATO DE SERVICIOS. Contrato de distribución. Cláusula de exclusividad . CONTRATO. Interpretación del contrato. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 11/10/12 (Ac. y Sent. N° 112) .....	241
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Quantum indemnizatorio. DELITO DE LESA HUMANIDAD. DEMANDA CONTRA EL ESTADO. Acción civil contra el Estado. ESTADO. Responsabilidad directa del Estado. ESTADO. Responsabilidad subsidiaria del Estado. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República. PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testifical. PRUEBAS. Apreciación de la prueba. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 17/10/12 (Ac. y Sent. N° 116) .....	251
ACCIÓN. Acción Civil. CHEQUE. Acción de regreso.LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 22/10/12 (Ac. y Sent. N° 120) .....	276
<b>TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL</b>	
CONTRATO DE TRABAJO. Licencias. Incapacidad del trabajador. Término de contrato sin responsabilidad para las partes. TApel. Laboral. Primera Sala. 15/07/13. (Ac. y Sent. N° 62) .....	283
CONTRATO DE TRABAJO. Obligaciones del Empleador. Indemnización compensatoria. Intereses. TApel. Laboral. Primera Sala. 15/07/13 (Ac. y Sent. N° 63) .....	289

CONTENIDO

**CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE MISIONES**

HECHO PUNIBLE. Bien jurídico protegido. IMPUTADO. JUICIOS CONEXOS . TApel.Civ. Com. Laboral y Penal. 13/05/11 (Ac. y Sent. N° 20) .....	293
LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. MINISTERIO PÚBLICO. Intervención del Ministerio Público. QUERELLA. Desistimiento y abandono de querella. QUERELLA. Querella adhesiva. TApel.Civ. Com. Laboral y Penal. 20/11/12. (Auto Interlocutorio N° 157) .....	315



## ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN DE AMPARO, 111, 158
  - Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo, 111, 158
- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 47, 122
  - Acto normativo, 122
- ACCIÓN PENAL, 128, 315
  - Acción pública, 128, 315
- ACCIÓN, 276
  - Acción civil, 276
- ACTOS JURÍDICOS, 194
- ACUSACIÓN, 128, 316
  - Falta de acusación, 316
- ARBITRARIEDAD, 47
  - Resolución judicial arbitraria, 47
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 77
- CERTIFICADO DE DEPÓSITO DE AHORRO, 211
  - Autenticidad, 211
- CHEQUE, 276
  - Acción de regreso, 276
- COMPETENCIA, 186, 191, 192, 193
  - Competencia civil y comercial, 192, 193
  - Cuestión de competencia, 191, 192
  - Competencia contencioso-administrativa, 192
  - Competencia desleal, 186
  - Competencia material, 192
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 112, 122, 144, 145, 156, 157, 175, 176, 252, 253, 254

## ÍNDICE TEMÁTICO

- Derechos Humanos, 252, 253, 254
- De la tortura y otros delitos, 122
- De los servicios nacionales, 144, 145
- Derecho a informarse, 156, 157
- Derecho de los pueblos indígenas, 112
- Libertad de expresión, 157
- Responsabilidad de Funcionarios y Empleados públicos, 175, 176
- CONTRATO, 242
  - Interpretación del contrato, 242
- CONTRATO DE SERVICIOS, 241
  - Contrato de distribución, 241
  - Cláusula de exclusividad, 241
- CONTRATO DE TRABAJO, 283, 289
  - Indemnización compensatoria, 289
  - Intereses, 289
  - Licencias, 283
  - Incapacidad del trabajador, 283
  - Obligaciones del empleador, 289
  - Término de contrato sin responsabilidad para las partes, 283
- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 156, 157
  - Ley N°1/89, 156, 157
- CONVENIO DE PARÍS, 186
- COSA JUZGADA, 211, 236, 237
  - Cosa juzgada material, 211
- COSTAS, 72, 157, 230
  - Costas a la demandada, 72
  - Costas en el orden causado, 157, 230
  - Imposición de costas, 230
- CULPA, 236
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 236, 237, 253, 254
  - Daños y perjuicios resultantes del ilícito, 236, 237
  - Quantum indemnizatorio, 253, 254
- DEFENSOR DEL PUEBLO, 156
- DELITOS DE LESA HUMANIDAD, 122, 253, 254
- DEMANDA CONTRA EL ESTADO, 251

## ÍNDICE TEMÁTICO

- Acción civil contra el Estado, 251
- DERECHO DE MARCAS, 186
  - Confusión de marcas, 186
- DINATRAN, 144, 145
- DIVORCIO, 53
  - Causales de divorcio, 53
  - Malos tratos, 53
- DOMINIO, 193, 194
  - Transmisión del dominio, 193, 194
- ESTADO, 157, 158, 176, 194, 252, 253, 254
  - Bienes del dominio privado del Estado, 194
  - Fuentes Públicas de Información, 157, 158
  - Inenajenabilidad relativa, 194
  - Responsabilidad directa del Estado, 253, 254
  - Responsabilidad objetiva, 176
  - Responsabilidad subsidiaria del Estado, 176, 252
- EXCUSACIÓN, 220
  - Impugnación de la excusación, 220
- FUNCIÓN PÚBLICA, 156, 158
  - Datos sensibles, 156, 158
- REGISTROS PÚBLICOS, 158
- FUNCIONARIO PÚBLICO, 139, 157, 175, 176
  - Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública, 139
  - Responsabilidades de los funcionarios públicos, 157, 175, 176
- HECHO PUNIBLE, 315
  - Bien jurídico protegido, 315
- IMPUTADO, 315, 316
- INCIDENTE, 128
  - Incidente de nulidad, 128
- INDEMNIZACIÓN, 104
- JUICIO EJECUTIVO, 211, 217
  - Principios generales, 211
  - Título ejecutivo, 211
  - Juicio ordinario posterior, 211
- JUICIO ORAL Y PÚBLICO, 128

## ÍNDICE TEMÁTICO

- Auto de Apertura al juicio oral y público, 128
- JUICIOS CONEXOS, 315, 316
- LEGITIMACION PROCESAL, 193, 194, 276, 315
  - Legitimación activa, 193, 194, 315
  - Legitimación pasiva, 276
- MANDATO, 230
  - Representación procesal, 230
- MEDIDAS CAUTELARES, 111
- MINISTERIO PÚBLICO, 128, 315, 316
  - Funciones de los fiscales, 128
  - Intervención del Ministerio Público, 315, 316
- MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN, 144, 145
  - Competencia en servicio de transporte público, 144, 145
- NOTIFICACIÓN, 230
  - Notificación personal, 230
- NULIDAD, 194
  - Nulidad de oficio, 194
- PAGARÉ, 217
- PODER EJECUTIVO, 251
  - Procuraduría General de la República, 251
- POLICÍA NACIONAL, 294
  - Remisión de actuaciones de la Policía Nacional, 294
  - Parte Policial, 294
- POSESIÓN, 193, 194
  - Acciones posesorias, 193, 194
  - Limitaciones al derecho de posesión, 193, 194
- PRUEBA DE CONFESIÓN, 227, 294
  - Forma de la prueba de confesión, 294
  - Absolución de posiciones, 227
- PRUEBA DE TESTIGOS, 252
  - Apreciación de la prueba testifical, 252
- PRUEBA, 194, 252, 294, 295
  - Carga de la prueba, 194
  - Sana crítica, 294, 295
  - Apreciación de la prueba, 252

ÍNDICE TEMÁTICO

- QUERELLA, 315, 316
  - Desistimiento y abandono de querella, 316
  - Querella adhesiva, 315, 316
- RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL, 293
- RECURSO DE APELACIÓN, 77
  - Procedencia, 77
- RECURSO DE CASACIÓN, 35, 36, 69, 127
  - Admisibilidad y procedencia del recurso de casación, 35, 36, 69, 127
  - Legitimación activa en la casación, 35
  - Motivo del recurso de casación, 69
  - Trámite del recurso de casación, 35, 36
- RECURSO DE NULIDAD, 72
  - Procedencia del recurso de nulidad, 72
- RECUSACIÓN, 222, 223
  - Recusación con causa, 222, 223
- REFORMATIO IN PEIUS, 293
- REIVINDICACIÓN, 91
- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, 104
- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, 77
- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA, 276
- SETAMA, 144, 145
- SIMULACIÓN, 91
  - Simulación lícita, 91



## ÍNDICE POR TRIBUNALES

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

#### **Pleno**

15/10/13. Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 1.306) .....	156
---	-----

#### **Sala Constitucional**

15/11/12. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Empresa Nuestra Señora de la Asunción Comercial e Industrial S.A. c/ Transporte Nueva Asunción S.A. s/ acción de competencia desleal y otros” (Ac. y Sent. N° 1.947) .....	47
06/12/12. Acción de Inconstitucionalidad: “Comunidad Indígena Mby’a Guaraní de Ka’Atymi s/ Medidas cautelares y copia de título de Propiedad” (Ac. y Sent. N° 2.123) .....	111
06/12/12. Acción de Inconstitucionalidad: “L. B. V. M. c/ Art. 1° de la ley N° 3.852/09” (Ac. y Sent. N° 2.125) .....	122
10/12/12. Acción de Inconstitucionalidad “C. R. I. c/ Art. 97 de la ley N° 879/81 y Art. 60 de la Ley N° 1.626/00”. Año: 2010 - N° 1.428. (Ac. y Sent. N° 2.144) .....	139
11/12/12. Acción de Inconstitucionalidad contra Ordenanza N° 221/91 de la Municipalidad de Asunción-Empresa de Transporte Paraguay S.R.L (Transpar) y Empresa de Transporte 29 de Junio SRL. (Ac. y Sent. N° 2.156) .....	144

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

### **Sala Civil**

16/11/12. “U.S.G.B. c/ J. B.N.G.S/ Divorcio Vincular” (Ac. y Sent. N° 1954) .....	54
30/11/12. “Inc. de colación de bienes en: H. B.DE G. s/ Sucesión” (Ac. y Sent. N° 2.073) .....	72
30/11/12. “M.A.L. c/ A.B.R.C. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 2.074) .....	77
4/12/12. “P.A. y R. de A. c/ M.C.Y G.H.B.Z. s/ nulidad de acto jurídico” (Ac. y Sent. N° 2.079) .....	91
4/12/12. “L.A.C. c/ A.S.V. s/ Ind. de Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 2.090) .....	104

### **Sala Penal**

5/11/12.C.S.J. “Recurso de casación interpuesto por los abogados E. C. A. y H. B., en el expediente caratulado: “M. B. O. s/ Estafa” (Ac. y Sent. N° 1597) .....	35
16/11/12. C.S.J. Sala Penal. “L. A. Y. M. s/ Difamación y Otros” (Ac. y Sent. N° 1.956) .....	69
07/12/12. Recurso Extraordinario de Casación Interpuesto por el Agente Fiscal Abog. G. C. A. en la Causa: M. G. M. y M. S. G. V. s/ Estafa y Producción de Documentos no Auténticos”. (Ac. y Sent. N° 2.129) .....	127

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

### **Segunda Sala**

01/10/12. “G. M. V. C/ L. M. R. S/ Indemnización de Daños Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 142) .....	175
02/10/12. “Sorteos Instantáneo S.A. Otro c/ Esso Standard Paraguay S.A. y Núcleo S.A. s/ Cese de Explotación de Juegos de Azar y Otro” (Ac. y Sent. N° 145) .....	186
05/10/12. “J. de D. G. y Otros c/ Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de La Tierra (Indert) y Otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 147) .....	191

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

### **Cuarta Sala**

30/08/12. Juicio: “Banco Nacional de Trabajadores (En Quiebra) c/ para Export S.A. y otra s/ Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 84)	211
30/08/12. “Banco Continental S.A.E.C.A. c/ P. B. C. s/ Acción Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 85) .....	217
31/08/12. Juicio: “A. B. M. y Otra s/ Sucesión” (A. I. N° 479).....	220
05/09/12. Juicio: “Recusación con Expresión de Causa Promovida por el señor G. A. R. P. en el expte: “Compulsas Del Expediente: “H. A. G. S.A. c/ G. A. R. P. s/ Ejecución Hipotecaria” (A. I. N° 485)	222
11/09/12. Juicio: “Compulsas del Expte: M. del C.P. c/ F. A. S.A. (FRIASA) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual”. (A. I. N° 505) .....	227
27/09/12. 27/09/12. Juicio: “M. A. c/ H. D. V. L. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 561) .....	230
03 /10/12. Juicio: “S. B. V. y Otros c/ E. R. P. F. s/ Indemnización de Daño Moral y Otros” (Ac. y Sent. N° 103) .....	236
11/10/12. Juicio: “A. S.R.L. y M. S.A. c/ K. K. S.A. s/ Indemnización por Daños y Perjuicios”. Año 2005. (Ac. y Sent. N° 112) .....	241
17/10/12. Expte: “W. W. c/ El Estado Paraguayo s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 116) .....	251
22/10/12. JUICIO: “J. J. M. A. Cc C. S.R.L. y otros s/ Prep. de acción ejecutiva”. 22/10/12 (Ac. y Sent. N° 120) .....	276

### **TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL**

15/07/13. “L. A. c/ Empresa de Seguridad S. V. S.A. y/o L.M. y/o Responsables s/ Despido Injustificado y Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 62) .....	283
15/07/13. “B. P. G. c/ M. T. S.R.L. y otros s/ Cobro de guaraníes en diversos conceptos. Juicio Ordinario” (Ac. y Sent. N° 63) .....	289

### **CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE MISIONES**

#### **TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y PENAL**

20/11/12. “Supuesto Hecho Punible c/ La Administración Pública (Quebrantamiento de Depósito)” (A. I. N° 157).....	315
---	-----



# Doctrina

---

## RESTITUCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

*Manuel Silvio Rodríguez\**

### INTRODUCCIÓN

*“En caso de que uno de los padres arrebate el hijo al otro, aquél puede pedir al Juez la restitución del mismo por medio del juicio de trámite sumarísimo establecido en este artículo, bajo declaración jurada de los hechos alegados. El juzgado convocará a los padres a una audiencia, a llevarse a cabo en un plazo máximo de tres días, ordenando la presentación del niño o adolescente bajo apercibimiento de resolver la restitución del mismo al hogar donde convivía. Las partes concurrirán a la audiencia acompañado de sus testigos y demás instrumentos de prueba y el Juez resolverá sin más trámite, siendo la resolución recaída apelable sin efecto suspensivo” (art. 94).*

El juicio de restitución es en esencia una medida cautelar con tramitación autónoma. Efectivamente, dentro del Procedimiento General también el juez la puede decretar siempre que encuentre méritos para ello y luego de la sus-

---

\* Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia. Curso Superior de Didáctica Universitaria. Profesor de la Cátedra Lógica Jurídica, Derecho Procesal Civil y Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la Universidad Privada del Este. Profesor de la Cátedra Derecho de la Niñez, Derecho Civil (Hechos, Actos Jurídicos y Obligaciones) en el Post-Grado de la Universidad Tecnológica e Intercontinental (U.T.I.C.). Varias menciones y reconocimientos recibidos por su cooperación en el mejoramiento de la Justicia y la jurisdicción. Autor de monografías y libros en materia de Niñez y Adolescencia. Instructor y expositor de varios Cursos y Seminarios en toda la República.

tanciación del juicio (arts. 174 inc. “c” y 175 inc. “b”). Vamos a concentrarnos solamente, para evitar confusiones, en la restitución legislada en forma autónoma.

Y lo primero que vamos a hacer es darle contenido al interés superior del niño que se trata de proteger mediante el brevísimo trámite estatuido en la norma. El contenido no puede ser otro que el de respetar el derecho del niño a mantenerse en el lugar donde estaba viviendo y del cual fue sustraído en forma inconsulta por uno de sus progenitores, y no ser tratado como un objeto que pueda ser llevado de un sitio a otro afectando su estabilidad emocional (como si fueran bolsas de papas). El sustento del juicio radica en esta escueta pero firme razón. Ahora bien, como están mezcladas cuestiones de fondo con las de forma, como método de trabajo les propongo un examen de la preceptiva desde el plano lingüístico y, de acuerdo a los vocablos empleados, constatar si de los mismos emanan otras interpretaciones pasando ya a otro plano del razonamiento.

La primera frase emplea el término arrebatar que, por un lado, implica un sesgo de violencia en el hecho de sustraer al niño de su residencia habitual sin el consentimiento del otro progenitor, y por otro, si el apartamiento del niño puede tener lugar sin mediar el arrebataamiento en los forma antes enunciada. La respuesta es sí, y se pueden plasmar de tres maneras: **1)** Cuando uno de los progenitores entra en el domicilio del otro y ante su oposición retirara al niño de su domicilio natural utilizando la fuerza. La oposición puede provenir del mismo padre o madre conviviente o de otras personas que estén al cuidado del niño. **2)** Que el apoderamiento del niño se realice sin el empleo de la fuerza. Las posibilidades son varias. Por ejemplo si el niño consiente en ser retirado de la casa no estando el otro progenitor presente, o retirarlo de la escuela en la misma condición. **3)** La omisión en retornar al niño en su domicilio en el cumplimiento de un régimen de relacionamiento establecido judicialmente o acordado extra judicialmente entre los progenitores. En este último caso, la omisión es igual a la acción, pero con el signo menos. Por ello es que en el Código Penal se considera como hecho reprochable la falta de auxilio a una persona accidentada. En síntesis, en cualquiera de estas tres hipótesis se dan los presupuestos fácticos para la procedencia de la restitución.

La normativa también prevé, como requisito para el planteamiento de la restitución que sea *bajo declaración jurada de los hechos alegados*. ¿Y por qué esta exigencia? Ocurre que en el C.N. y A., además de la restitución, existen

diversas medidas cautelares que el juez debe resolver para proteger los derechos del niño, sea en forma autónoma (art. 161 inc. “i”), o dentro de un proceso determinado. No es como en el Código Procesal Civil, en que las medidas cautelares supone una demanda iniciada o a iniciarse (art. 691), motivo por el cual dichas medidas, a más de ser provisionales (art. 697), pueden caducar en diferentes plazos según la naturaleza de las mismas (arts. 700 y 701), sin olvidar de la necesidad de la contracautela para ciertos casos determinados (art. 704). Entonces, como presupuesto genérico de la restitución se impone el requisito de la declaración jurada de los hechos alegados, ante la inaplicabilidad de los presupuestos genéricos enunciados en el artículo 693 del mentado cuerpo legal.

Se relaciona este requisito, aunque no se la perciba de inmediato, con el ejercicio de buena fe de los derechos. El texto de la demanda debe coincidir, pues, con la verdad real de los hechos alegados y que, de no cumplirse, podría tener como consecuencia que se declare a la parte actora como litigante de mala fe. Debemos convenir entonces, que no nos estamos refiriendo a un simple formulismo procesal, e igual corolario puede tener la posición asumida por la parte demandada de faltarle a la verdad.

El segundo párrafo del artículo 94 establece: “*El Juzgado convocará a los padres a una audiencia, a llevarse a cabo en un plazo máximo de tres días, ordenando la presentación del niño o adolescente bajo apercibimiento de resolver la restitución del mismo al hogar donde convivía...*” Y se preguntarán ustedes, *¿la notificación de la audiencia no debería ser con copia para traslado?* Y la respuesta es afirmativa, por dos motivos.

Por una parte, porque se tiene que negar o reconocer el arrebato del niño en cualquiera de sus formas y, por otra, porque aun mediando el allanamiento en cuanto al hecho de la sustracción del niño de su lugar de residencia, puede plantearse *oposición a la restitución*. Esta posibilidad resultará factible en ciertos casos que a criterio del Juzgado así lo ameriten.

*¿Y por qué la necesidad de presentar al niño a la audiencia?* La respuesta es muy obvia. El artículo 12 de la Convención establece que se garantizará al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta su opinión en función a su edad y madurez, sea en un juicio judicial o administrativo. Puede ser, acudiendo a una hipótesis que puede dar-

se perfectamente, que en el caso de una niña de 13 años que le haya contado al padre que la nueva pareja de su madre le había insinuado o pretendido mantener relaciones íntimas.

Ustedes pueden percatarse que la declaración de la niña es crucial para el Juzgado en el sentido de hacer lugar o no a la restitución en la hipótesis puesta como ejemplo (particularmente, los casos que han llegado a esta Sala ya me han curado de espanto, y si no me creen, vean los noticieros). De modo que, en situaciones como esta, u otras parecidas, el interés superior del niño ya no radicaría en la protección del derecho a mantenerse en el mismo status, si no el de asegurar *la integridad moral de la niña*. Sutilmente, por tanto, se ha sustituido el contenido del interés superior del niño cuya protección se requiere.

La normativa también dispone que la presentación del niño es bajo apercibimiento de ordenarse inmediatamente la restitución (un motivo más que justifica la notificación con copia de la demanda). Quiere decir, que si la parte accionada no presenta al niño el juzgado necesariamente tiene que hacer lugar al apercibimiento decretado, y sobre la base de este apercibimiento hecho lugar, ordenar la restitución del niño. Vale decir, el incumplimiento de la orden judicial permite inferir que el progenitor que ha incurrido en el arrebatamiento, ha reconocido tácitamente la verdad de los hechos alegados y, en cuyo caso, las pruebas testificales no tendrían razón de ser.

Y hablando de la cantidad de testigos, como la preceptiva guarda silencio al respecto, si en el Procedimiento General sólo se pueden proponer hasta tres testigos (art. 176 del C.N. y A.), analógicamente puede deducirse que dado el brevísimo trámite de la restitución, bastaría con dos testigos, o a lo sumo tres, siempre que la complejidad del problema a ser resuelto así lo requiera. La norma concluye disponiendo que el Juzgado debe resolver la cuestión sin más trámite, y siendo la resolución recaída apelable sin efecto suspensivo.

Pudimos ver hasta aquí los presupuestos fácticos que determinan la admisión o el rechazo de la restitución de acuerdo al interés superior del niño a ser protegido, dentro del sumarísimo trámite previsto en el artículo 94 del C.N. y A. Pero hay variantes que pueden inducir a confusiones conceptuales si el Juzgado no presta la debida atención al texto de la demanda, situación que bien puede darse ya que generalmente, de acuerdo a la naturaleza de la pretensión, las providencias ya se tienen preestablecidos sus formatos para cada caso.

Podría ser que en la acción instaurada se diga expresamente que el niño fue voluntariamente a la casa del progenitor no conviviente, y sobre este sustento fáctico se plantee la restitución. Como podrán apreciar, si en la misma demanda queda reflejada que no hubo el arrebató (utilizando la terminología de la norma), resulta obvio que cabría el rechazo liminar de la restitución ante la inexistencia de los supuestos fácticos ya analizados. Para ser más claros, si bien es cierto que ante la separación de los progenitores los niños pueden ser manipulados, así como el organismo tiene sus mecanismos de defensa naturales, psicológicamente también los niños pueden crear sus propios mecanismos de defensa, convirtiéndose de manipulados a manipuladores. Por ejemplo, si el niño se enoja con la madre por motivo que fuere, se va con el padre o viceversa, creándose una situación de incertidumbre que no puede ser solucionada por la vía de la restitución, so pena de que se resuelva indirectamente un régimen de convivencia, desvirtuándose el objeto puntual de la restitución.

Además de esta variante, que pueden reflejarse en otras similares, hay un vacío en la norma que vale la pena mencionar. En efecto, la ley no establece un plazo para intentarse la restitución del niño, tal como ocurre en las restituciones internacionales. Va de suyo, que cuanto más tiempo transcurre entre el traslado del niño de un lugar a otro sin que se pida inmediatamente la restitución, forzosamente el niño ya se habría acostumbrado a su nuevo lugar de residencia. En consecuencia, ya dependerá del criterio de cada Juzgado considerar si resulta viable la restitución cuando el plazo para ejercer la acción ya no resulte razonable, cuestión que se tiene que decidir en la sentencia que ponga fin a la litis.

## **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL**

Para referirnos a la restitución internacional tomaremos como base lo dispuesto en la Ley N° 928/96 “Que aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”. Esta Convención fue suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989 y ratificada por Paraguay en 1996, y en su artículo 1 establece: “*La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte, o que hubieren sido trasladados legalmente, hubieren sido*

*retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”.*

La semejanza que puede notarse a simple vista con la restitución nacional es que la sustracción del niño puede darse también por acción u omisión y, la diferencia, también notoria, es que la restitución nacional es independiente al régimen de convivencia o de relacionamiento que puede establecerse posteriormente. En la Convención que nos ocupa se hace alusión al derecho de visita (régimen de relacionamiento) y al de custodia por parte de sus titulares (régimen de convivencia). Por supuesto, el derecho del niño a ser protegido básicamente es el mismo, o sea, el de mantenerse dentro del estatus donde él estaba residiendo, quedando como una cuestión alternativa lo referente al régimen de convivencia o de relacionamiento.

Ahora bien, conviene precisar que para los efectos de esta Convención internacional se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad. Quiere decir, pues, que una vez que se haya cumplido la edad antes indicada, devienen ya inaplicables las disposiciones de la Convención (art. 2).

Siguiendo con este orden de ideas, el artículo 4 de la Convención establece cuanto sigue: *“Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”*. Entonces, los que tienen la legitimación activa para solicitar la restitución internacional de un niño son los padres, tutores, guardadores y cualquier institución a la que se confió su cuidado. En la restitución nacional, en cambio, la acción solamente puede tener lugar, por lo menos en principio, entre progenitores. Es cierto, puede ser que se le haya otorgado la guarda del niño a una tercera persona y, por consiguiente, en caso de plantearse una restitución por parte de una madre que estuvo mucho tiempo alejada de su hijo, la restitución en sí deja de ser una medida cautelar y debe tramitarse de acuerdo a las normas que informan el Procedimiento General. Esto último, según jurisprudencia sentada por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital.

En lo que concierne a la competencia, según el texto de la Convención son las autoridades judiciales o administrativas y, en nuestro país, se pueden dar

ambas posibilidades pero, lo normal es que la tramitación correspondiente tenga lugar ante los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia (Art. 6 primer párrafo).

Aclarado lo relativo a la competencia, el artículo 7 de la Convención exige que cada Estado Parte designe una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las disposiciones de la Convención. En nuestro caso, la Autoridad Central actualmente es la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia y lo usual es que los pedidos de restitución internacional tengan su inicio y tramitación de una Autoridad Central a otra.

Si bien es posible que el propio peticionante haga su planteamiento en nuestro país, resulta mucho más práctico si se recurre directamente a la Autoridad Central, en razón de que dicha instancia tiene o puede encargarse de la localización y llevar a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del niño, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento establecido en esta Convención (artículo 7).

En este sentido, es menester indicar que el artículo 8 de la Convención dispone tres modos para iniciarse el juicio de restitución internacional, que son: a) a través de exhorto o carta rogatoria; b) mediante solicitud a la Autoridad Central, y, c) directamente, por la vía diplomática o consular. Sin embargo, plantear la restitución mediante la Autoridad Central es el camino más efectivo.

También la Convención dispone que si la restitución del niño no es lograda en forma voluntaria las autoridades judiciales tienen la obligación de tomar las medidas pertinentes al caso y, entre ellas, la orden de búsqueda y localización y la prohibición de salida del país (artículo 10).

Ahora bien, así como en el caso de la restitución nacional pueden existir motivos valederos para oponerse a la restitución, también en los casos de restitución internacional debe tenerse en cuenta lo que textualmente establece el artículo 11 de la Convención: *“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b) Que existiere un*

*riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”.*

Naturalmente, ya quedará a criterio de los Juzgados y Tribunales hacer o no hacer lugar a la oposición de una manera bien fundada. Por otra parte, la oposición debe presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del niño y corra, mediante providencia, el traslado pertinente a la persona accionada (artículo 12).

Vale la pena hacer mención de ciertos plazos contemplados en la Convención. Así, una vez recepcionada la oposición, la autoridad judicial dictará la resolución correspondiente dentro de los sesenta días calendario y, asimismo, si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se disponga la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del niño, quedará sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas (artículo 13).

En otros términos, la restitución internacional caducará por el transcurso del plazo antes mencionado.

Continuando con los plazos impuestos por la Convención, el artículo 14 reza cuanto sigue: *“Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados. Por excepción, el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno”.*

Finalmente, *“La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación de su custodia o guarda”* (artículo 15). Esta última disposición, refleja nítidamente que el objetivo primario de la restitución nacional y la internacional es la devolución del niño a su lugar habitual de residencia y, por tanto, no nos ocuparemos de las solicitudes sobre régimen de relacionamiento

o de convivencia que, como se dijo, son ajenas al objetivo en sí de la restitución. Además, no puede perderse de vista que estas cuestiones colaterales, si bien guardan relación con la restitución, tienen sus propios trámites procesales y que, la extensión de la presente monografía ya no nos permite ocuparnos de ellas.

### **CONSIDERACIONES FINALES**

A modo de conclusión, si bien la Ley N° 928/96 “Que aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” utiliza el término “menores” para referirse a los niños como los sujetos de derecho en esta cuestión, este último vocablo debe ser el que oriente el criterio al juzgador en los casos de restitución, ya sea de carácter nacional o internacional. Efectivamente, tratándose de una jurisdicción especializada, orientada según los parámetros de la Ley N° 57/90 “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, deben unificarse los criterios para un merecido y coherente sentido de aplicación de los Convenios en forma armónica.

Simplemente como dato, hasta si se quiere anecdótico, en la Ley N° 928/96 no se hace alusión al interés superior del niño, mientras que sí lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño y, consecuentemente, como este interés superior del niño es un principio al cual hay que darle contenido en cada caso concreto, dentro de los delineamientos de la presente monografía se dejó en claro el alcance de este punto.



# *Jurisprudencia*

---

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.597**

#### **RECURSO DE CASACIÓN. Legitimación activa en la casación.**

En cuanto a la legitimación activa, la resolución recurrida es confirmatoria de la condena impuesta al incoado causándole agravio en ese sentido, en esas circunstancias, la defensa, se encuentra habilitada para recurrir en casación conforme a las disposiciones del Art. 449 del Código Procesal Penal.

#### **RECURSO DE CASACIÓN. Trámite del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación.**

Conforme a lo dispuesto por el Art. 480 del C.P.P., en concordancia con el Art. 468 del mismo cuerpo legal, la impugnación debe interponerse en un plazo de diez días de notificada la resolución, lo que en este caso se verifica conforme a las constancias de autos, dado que el acusado no fue notificado del fallo condenatorio, por lo tanto, la presentación del recurso se encuentra dentro del término legal.

#### **RECURSO DE CASACIÓN. Trámite del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación.**

Lo expuesto por la Alzada, generaliza y no particulariza la queja del recurrente, evadiendo el pronunciamiento sobre cuestiones puntualmente atacadas por la apelación especial.

#### **RECURSO DE CASACIÓN. Trámite del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación.**

Este esquema procesal impone a los jueces la obligación de fundamentar sus resoluciones; esto es, expresar las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo, de manera que sea controlable el itinerario lógico seguido por los mismos para arribar a la conclusión.

**RECURSO DE CASACIÓN. Trámite del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación.**

Haciendo una conjunción de las normas invocadas y todo el conocimiento doctrinario, se ve que el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y a su clara explicación; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice, citando éstos como ejemplos demostrativos.

**C.S.J. Sala Penal. 5/11/12. “Recurso de casación interpuesto por los abogados E. C. A. y H. B., en el expediente caratulado: “M. B. O. s/ Estafa” (Ac. y Sent. N° 1.597).**

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

**CUESTIONES:**

¿Es admisible el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto en autos?

En su caso, ¿resulta procedente?.

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO SINDULFO BLANCO dijo: Por Sentencia Definitiva N° 145 de fecha 19 de mayo del 2009, dictado por el Tribunal de Sentencia de la Capital, presidido por la jueza Abog. María Doddy Báez Núñez y como miembros los jueces Gustavo Santander Dans y Carlos Ortiz Barrios, fue condenado el Sr. M. B. O., a la pena privativa de dos años y seis meses, luego de ser calificada su conducta dentro de las disposiciones del Art. 187 inc. 1° en concordancia con el art. 29 inc. 1°, ambos del Código Penal. Recurrida esta resolución, el Tribunal de Alzada de la Capital, Segunda Sala, dictó el Acuerdo y Sentencia N° 85 de fecha 05 de noviembre de 2009, por el cual se resolvió en lo medular: “...Confirmar en todas sus partes la S.D. N° 145 del 19 de mayo de 2009, dictado por el Tribunal de Sentencia...”.

Los abogados Esteban Chávez y Heriberto Borja Ramírez, por la defensa del Sr. M. B. O., interponen recurso extraordinario de casación contra el fallo

dictado por el Tribunal de Apelaciones. En estas condiciones, corresponde en primer término, pronunciarse acerca de la admisibilidad de la vía impugnativa propuesta.

En tal sentido, el Acuerdo y Sentencia recurrido resolvió confirmar la resolución condenatoria dictada en estos autos, situación que evidencia el carácter de definitiva y extintiva del procedimiento, por tanto, la resolución en estudio se torna pasible de ser revisada por vía casatoria.

En cuanto a la legitimación activa, la resolución recurrida es confirmatoria de la condena impuesta al incoado causándole agravio en ese sentido, en esas circunstancias, la defensa, se encuentra habilitada para recurrir en casación conforme a las disposiciones del Art. 449 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto por el Art. 480 del C.P.P., en concordancia con el Art. 468 del mismo cuerpo legal, la impugnación debe interponerse en un plazo de diez días de notificada la resolución, lo que en este caso se verifica conforme a las constancias de autos, dado que el acusado no fue notificado del fallo condenatorio, por lo tanto, la presentación del recurso se encuentra dentro del término legal.

Finalmente, los recurrentes invocaron como sustento legal de su pretensión el Art. 478 inciso 1° del Código Procesal Penal. Cabe advertir al respecto un error material en el escrito de presentación al invocar el inciso 1° referido, pues de la lectura de los fundamentos que sustentan el recurso, surge que en realidad es el inciso 3° en el cual basa su presentación, por ello, en la constatación de un fallo “manifiestamente infundado” versará el estudio del fondo de la cuestión. Con lo cual se encuentran reunidos los presupuestos de admisibilidad del recurso extraordinario de casación, acorde a lo estipulado en el Art. 450 del C.P.P., correspondiendo en consecuencia, declararlo en tal sentido. Es mi voto.

Igualmente, la Dra. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA dijo: Me adhiero a los fundamentos expuestos por el Miembro preopinante respecto de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por los Abogados Esteban Chávez Alvarenga y Heriberto Borja Ramírez, por la defensa del Sr. M. B. O., en contra del Acuerdo y Sentencia N° 85 de fecha 5 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, de la Circunscripción Judicial de la Capital.

A su turno, el ministro DR. LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, en cuanto al primer cuestionamiento, dijo: Cabe mencionar que esta causa tuvo entrada al

Gabinete de este ministro en fecha 29 de julio de 2011, para el estudio del Recurso de Casación interpuesto por el abogado Esteban Chávez Alvarenga contra el Acuerdo y Sentencia N° 85 de fecha 5 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación Penal, 2ª Sala, saliendo del mismo en fecha 1 de noviembre de 2011 con proyecto de resolución. Volviendo nuevamente a tener entrada en fecha 1 de diciembre de 2011 a los efectos de expedirnos sobre el Pedido de Extinción de la Acción Penal solicitada por el abogado Esteban Chávez Alvarenga, defensor técnico de M. B., saliendo nuevamente con el proyecto de resolución en fecha 19 de diciembre de 2011.

Que dada la forma en que se expidió este miembro sobre la petición de extinción de la acción, solicitada por el abogado Esteban Chávez Alvarenga, defensor técnico de M. B. no corresponde el estudio del recurso extraordinario de casación. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. SINDULFO BLANCO prosiguió diciendo: Los impetrantes manifiestan que el fallo del Tribunal de Alzada carece de fundamentos, pues sus integrantes obviaron pronunciarse sobre los puntos apelados en su oportunidad, en ese sentido señalan: "...podrán apreciar VV.EE., que ninguno de los agravios expuestos fueron atendidos por el Tribunal de Apelación, así como fueron abundantes las citas doctrinarias acorde con nuestra hipótesis que fueron citados en la parte pertinente, pero que ni siquiera por lo visto, merecieron una lectura de parte de los camaristas, de manera que se impone en estricto derecho que se anule la resolución...los agravios fueron puntuales y específicos, sin embargo no fueron atendidos por el Tribunal de Apelación. El Tribunal de Sentencia se equivocó al condenar a un inocente, pero el órgano encargado de corregir un fallo injusto se encargó de convalidarla con una manifiesta falta de fundamento de manera que el recurso extraordinario de casación intentado debe prosperar..." (sic.)

En razón de lo manifestado, solicitan la procedencia del recurso en estudio y como solución jurídica proponen, por decisión directa en virtud al Art. 474 del C.P.P., se absuelva de culpa y pena a su representado el Sr. M. B. O.

Corrido traslado de la presentación del recurso a la Querrela Adhesiva, el Sr. P. R., bajo patrocinio de Abogado, lo contesta en los términos del escrito que rola a fs. 54/56. Solicita el rechazo de la casación planteada, en ese sentido, manifiesta que: "...No ha existido violación a preceptos, tanto de orden constitucional o legal, como aquellos que hacen a la inviolabilidad de la Defensa o al

Debido Proceso, así, como tampoco la Defensa ha podido demostrar la errónea aplicación del derecho...” (sic).

La Fiscalía General del Estado, por dictamen N° 141 de fecha 25 de febrero de 2011, manifiesta cuanto sigue: “...En efecto, tal como lo menciona el casacionista el Ad quem utilizó consideraciones generales que no pueden entenderse, de manera alguna, como sustento o motivación de fallos jurisprudenciales, puesto que más bien constituyen argumentos que complementan una decisión, pero nunca reemplazan la terea exigida al órgano juzgador, tanto constitucional como legal, de fundamentar todas y cada una de las decisiones asumidas en una causa...en estas condiciones, se advierte que el Tribunal de Apelación arribó a la solución final del caso en forma arbitraria, pues las explicaciones brindadas en sustento de su decisión no responden concretamente a los puntos específicamente apelados, en contraposición a su obligación de realizar el control de legalidad de la sentencia emitida por el mérito, dentro de los límites de los puntos impugnados...” En razón de ello, solicita la procedencia del recurso interpuesto en el sentido de anular el fallo recurrido y se reenvíe la causa a un nuevo Tribunal de Apelaciones, para que estudie los agravios expuestos en el recurso de apelación especial, de conformidad al Art. 473 del C.P.P.

Definidas las posturas de las partes, la cuestión principal en estudio está dada en determinar si efectivamente la resolución impugnada de Segunda Instancia resulta manifiestamente infundada o no. En tal sentido, cabe resaltar que por la vía de la casación se controla el cumplimiento de las formas procesales fundamentales, entre las cuales está, indudablemente, la fundamentación de la sentencia.

En este orden de ideas y atendiendo a los fundamentos elevados a categoría de causal de casación, previamente se debe puntualizar que una sentencia manifiestamente infundada presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinen la aplicación de una norma a ese hecho. No solo consiste en que el juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia.

Por ello, a fin de interpretar lo dispuesto en el inciso 3) del Art. 478 del Código Procesal Penal, que establece como causal de casación que la resolución judicial cuestionada sea “manifiestamente infundada” es menester primeramente determinar el contenido del término fundamentar o motivar, para posteriormente concluir cuando una resolución es manifiestamente infundada o insuficientemente fundada. Para el efecto, antes que nada es necesario recurrir a la doctrina que al respecto señala: “La sentencia deberá contener el voto de los jueces y los jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que se adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término. Los jurados podrán adherirse al voto de cualquiera de los jueces. Esta exigencia es la que se conoce como motivación” (Cafferata Nores, Montero, Vélez y otros. Obra: “Manual de Derecho Procesal Penal”. Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad. Córdoba, Argentina. Pág. 553).

Por otro lado, debe considerarse igualmente lo prescripto por la normativa legal, y al respecto el Art. 125 del C.P.P. señala: “Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones...”.

Ahora bien, en resumen, los casacionistas señalan la falta de fundamentación del fallo de Alzada. Apunta a que, dicho órgano jurisdiccional, no se pronunció debidamente sobre los puntos apelados sometidos a su consideración en su oportunidad por la defensa.

En ese orden de ideas y acorde a lo denunciado por los recurrentes, primeramente debemos remitirnos al escrito recursivo, agregado por cuerda separada a fs. 1/09, para luego analizar el fallo del Tribunal a los efectos de determinar si efectivamente ha otorgado respuesta jurisdiccional válida a los agravios vertidos, en ocasión del estudio del recurso de apelación especial de la sentencia.

En tal sentido, la defensa adujo ante la Alzada, por un lado, que la conducta desplegada por el Sr. M. B. O. no es típica, al respecto manifiesta que no reúne los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa, conforme a las circunstancias del hecho.

Por otro lado, afirma que no se observaron las reglas de la sana crítica en violación del art. 403 del C.P.P., al respecto manifestó el apelante ante la Alza-

da: "...VV.EE. ya no podrán atender esa parte de la resolución, sin embargo es importante referir estas actuaciones defectuosas y arbitrarias para verificar si fue correctamente aplicado el criterio de la sana crítica..." (sic).

Así también, resulta necesario exponer las razones consideradas por el Órgano de Alzada, como sustento confirmatorio del fallo atacado por vía del recurso de apelación especial, ello sin duda servirá, no solo para percibir su tarea motivadora, sino además para advertir si resulta insuficiente o inadecuada sus respuestas a los agravios citados que le fueron expuestos, en este caso concreto por la defensa del Sr. M. B. O.. En ese contexto, el Tribunal de Apelaciones, primeramente, abstrae los fundamentos del recurrente en los siguientes términos: "En lo que refiere a los argumentos expuestos por el recurrente, del análisis de los mismos notamos que se basan en aspectos referentes a la tipicidad de la conducta del encausado, cuyos presupuestos fueron estudiados plenamente en oportunidad del juicio oral y público". Respecto a ello refirió: "En tal sentido, analizando la sentencia hoy recurrida, vemos que el Tribunal de Sentencia ha formado su convicción en virtud a los elementos probatorios introducidos en el juicio oral y público, y basándose en los hechos acreditados en dicha oportunidad, valorando las mismas de conformidad a las reglas de la sana crítica. Noto además que en la sentencia recurrida, el Tribunal ha fundamentado en todo momento su decisión, sin que existieran vicios que tornen nula dicha resolución...". Concluye el Tribunal: "...De lo expuesto precedentemente, no ha existido inobservancia o errónea aplicación del algún precepto legal, ni se trata de casos de nulidad absoluta ni vicios de la sentencia, tal como lo establece el art. 467 del C.P.P. para la procedencia de apelación especial planteada, por lo que corresponde confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida, por hallarse ajustada a derecho..." (sic).

En efecto, se puede observar que además de ser insuficiente los fundamentos del Tribunal de Alzada, resalta por su notoria orfandad jurídica, ya que dichas expresiones se encuentran desprovistas de las razones que las fundamentan. Así las cosas, resulta fácil confirmar las aseveraciones del recurrente. Nótese que sobre el primer punto señalado por la defensa, respecto a la atipicidad de la conducta del incoado conforme a las circunstancias de hecho, sus respuestas fueron evasivas y genéricas, pues afirmar que: "...fueron estudiados plenamente en oportunidad del juicio oral y público..." no satisface de ninguna manera los reclamos del apelante, ni tampoco alude a ellos. Más bien, lo

expuesto por la Alzada generaliza y no particulariza la queja del recurrente, evadiendo el pronunciamiento sobre cuestiones puntualmente atacadas por la apelación especial.

Asimismo, a lo referente al segundo punto, sobre la violación de la sana crítica en conculcación del art. 400 del C.P.P., la respuesta brindada por la Alzada también fue evasiva y genérica, pues acerca de ello refirió, en forma rutinaria, que las pruebas fueron valoradas de conformidad a la sana crítica.

Así las cosas, resulta evidente la falta de respuestas válidas a los reclamos de la defensa dado que el Tribunal de Apelación, como bien lo señalan los casacionistas y la Fiscalía General del Estado, no suministró un pronunciamiento abarcante sobre las cuestiones sometidas a su consideración y, de esta forma, producir seguridad jurídica en el ánimo de los justiciables. En este sentido, el art. 450 del Código Ritual, al definir la competencia del Tribunal, consagra el principio: “tantum appellatum quantum devolutum”, según el cual los agravios del recurrente son los que definen la competencia del tribunal superior, que debe resolver sobre ellos y limitado a los aspectos contenidos en los mismos. Al obviar el estudio y pronunciamiento de todas las cuestiones impugnadas en segunda instancia, el Tribunal inobservó las disposiciones legales citadas precedentemente, que rigen el procedimiento en Alzada, convirtiendo el fallo en una decisión incongruente.

Si bien el Tribunal Ad-quem, ha concluido que en virtud a los elementos probatorios introducidos en el juicio oral y público, y basándose en los hechos acreditados en dicha oportunidad, la conducta desplegada por el acusado se adecua a la calificación de Estafa, a pesar de ello es obligación del Tribunal fundar su resolución dando respuesta a cada uno de los agravios planteados por las partes. Al no tener respuesta a sus agravios, se ven imposibilitados de entender los argumentos por los cuales se llega a tal o cual determinación, la falta de respuesta concreta a una petición es desencadenante de la resolución conocida como “citra petita”, que quebranta la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa.

En esta tesitura y atento al motivo casatorio invocado, resulta igualmente acertado traer a colación lo dispuesto por el artículo 403 inc. 4° del Código Procesal Penal, el cual, en concordancia con el transcripto artículo 478 inc. 3° del referido cuerpo legal, establece: “Vicios de la Sentencia”. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: inc. 4.

“que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por los relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elemento probatorios de valor decisivo...”.

Este esquema procesal impone a los jueces la obligación de fundamentar sus resoluciones; esto es, expresar las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo, de manera que sea controlable el itinerario lógico seguido por los mismos para arribar a la conclusión.

Asimismo, se ha vulnerado además la prescripción contenida en el Art. 398 del C.P.P., que consigna como requisito ineludible de la sentencia, “...2) el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas, con la exposición de los motivos que lo fundan...”, en concordancia con el Art. 125 y 465 del C.P.P.

En estas condiciones, corresponde acoger favorablemente el recurso de casación planteado en autos, con sustento en el Art. 478 inciso 3 del C.P.P., consecuentemente, corresponde Anular el Acuerdo y Sentencia N° 85 de fecha 05 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Pena, Segunda Sala, de la Capital, y por consiguiente, ordenar el reenvío de la presenta causa a un nuevo Tribunal de Apelación, para el estudio del recurso de apelación especial articulado por la defensa, conforme a las disposiciones del Art. 473 del Código Procesal Penal. Las costas serán impuestas a la perdidosa de conformidad al art. 269 del mismo cuerpo legal. Es mi voto.

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

Examinando el Acuerdo y Sentencia impugnado en el contexto integral de su advenimiento, surge que, efectivamente, el mismo padece de vicios de procedimiento en la actividad juzgadora alegada en razón de haber realizado una

fundamentación aparente respecto los puntos de la Sentencia Definitiva del Auto que han sido puestos en crisis por la defensa al tiempo de implementar contra ella la Apelación Especial, en la que, precisamente, gran parte de los agravios vertidos se centralizaban sobre la tipicidad de la conducta del encausado.

Precisamente, tal como lo ilustran los autos, el Tribunal de Apelaciones, emisor del fallo impugnado, debía fundar correctamente el fallo en cuestión conforme a los puntos cuestionados del pronunciamiento recaído en la instancia originaria, toda vez que su competencia funcional está limitada a los ítems de la resolución a que se refieren las impugnaciones, por así exigirlo el principio reconocido a través del aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* (sólo hay devolución de lo que ha sido apelado), que se encuentra expresamente consagrado en el art. 456 del C.P.P. en el contexto de las normas generales que rigen los recursos.

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

La doctrina señala: La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión” (Oscar R. Pandolfi. “Recurso de Casación Penal”. Ed. La Rocca. Bs. As. 2001. Pág. 419). Haciendo una conjunción de las normas invocadas y todo el conocimiento doctrinario, se ve que el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y a su clara explicación; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice, citando éstos como ejemplos demostrativos.

El artículo 256 de la Constitución Nacional, dice: “...Toda sentencia judicial debe ser fundada en esta Constitución y en la Ley...” Con esta norma

concuerta el artículo 125 del C.P.P. que expresa: “Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...”.

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

En el caso de autos, el Tribunal de Apelaciones, ha resuelto de manera insuficiente los agravios expresados contra la sentencia condenatoria; el hecho de expresar simplemente que los aspectos referentes a la tipicidad de la conducta, fueron estudiados plenamente en el juicio oral y público, resulta un argumento genérico y meramente subjetivo, por lo que no puede ser considerado como una argumentación al caso en concreto.

En las condiciones apuntadas, el decisorio impugnado se halla indebidamente fundado, cuya esencia estriba en la vulneración, por parte del Tribunal de Apelaciones, del deber del adecuado atendimiento y la correcta fundamentación de la resolución respecto a los agravios, cuantas pretensiones se hayan alegado oportuna y temporáneamente, dándoles respuestas jurídicas, positivas o negativas, a los puntos controvertidos. El fallo en examen, reitero, se abstiene en absoluto de honrar tal exigencia pues omite todo análisis a las materias sustanciales sobre los que ha versado el Recurso de Apelación Especial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ante casos similares la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la causa: “Recurso Extraordinario de Casación Interpuesto por la agente fiscal abog. Rocío Vallejo de Scappini en la causa: M. C. O. D. y otros s/ lesión de confianza”, en el Ac y Sent. N° 1.297 del 13 de setiembre de 2004 ha dicho: “No es suficiente la excusa destacando que la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la Sentencia de Primera Instancia no son atacables por la vía de la Apelación Especial de Sentencia, El Tribunal de Alzada, está obligado a controlar el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento, y al expresar su conclusión sobre dicha verificación, es su deber, expresar la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren su conclusión, lo cual, no significa necesariamente incursión del Tribunal de los hechos”. Es mi voto.

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

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

RESUELVE:

DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso extraordinario de casación interpuesto en estos autos.

HACER LUGAR al recurso extraordinario de casación interpuesto por los abogados Esteban Chávez Alvarenga y Heriberto Borja Ramírez, por la defensa del Sr. M. B. O. y, en consecuencia, ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 85 de fecha 05 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala, de la Capital, y, por consiguiente, ordenar el reenvío de la presente causa a un nuevo Tribunal de Apelación, para el estudio del recurso de apelación especial articulado por la defensa, conforme a las disposiciones del Art. 473 del C.P.P.

IMPONER las costas a la parte perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Luis María Benítez Riera.

Ante mí: Karina Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.947**

**Cuestión debatida:** *Se impugna por vía de la inconstitucionalidad el A.I.N° 557 de fecha 28 de julio de 2.010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital que resolvió: “Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. Revocar el auto apelado, en consecuencia, hacer lugar a la caducidad de instancia incoado por la parte demandada. Imponer las costas a la perdidosa”.*

#### **ARBITRARIEDAD. Resolución judicial arbitraria.**

Es dable advertir que los magistrados no han hecho un análisis acabado de todas las actuaciones procesales diligenciadas en autos; entre ellas, las aptas para el impulso del proceso, causando un palmario perjuicio al accionante al declarar la caducidad del expediente. Recordemos que los jueces no pueden abstraerse de la valoración de todas las constancias obrantes en el expediente sin que ello implique un menoscabo evidente del debido proceso, contrariando lo que es propio de su ministerio, es decir, ponderar las circunstancias propias del caso concreto y la aplicación de la normativa adecuada.

Sabido es que el fallo que ignora u omite la evaluación de un elemento esencial para la solución del *thema decidendum*, incurre en arbitrariedad.

#### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

Cabe recordar que, en principio, la acción de inconstitucionalidad no puede ser utilizada para cuestionar la interpretación y valoración realizada por magistrados inferiores siempre que dichas tareas se encuadren dentro de ciertos parámetros razonables que impidan calificarlas de arbitrarias. Por tanto aún en el supuesto de que esta Sala no compartiera el criterio de los magistrados en la decisión de las cuestiones sometidas a su consideración, la acción de inconstitucionalidad no podría constituirse en la vía para imponer el suyo. Es decir, la Sala Constitucional no puede, basada en la mera discordancia, anular una resolución judicial. Para ello, deben surgir transgresiones de orden constitucional que justifiquen una decisión en ese sentido, las cuales no se observan en el presente caso. En consecuencia corresponde el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad. (Voto en minoría de la Dra Bareiro de Módica).

**CSJ. Sala Constitucional. 15/11/12. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Empresa Nuestra Señora de la Asunción Comercial e Industrial S.A. C/ Transporte Nueva Asunción S.A. S/ acción de competencia desleal y otros” (Ac. y Sent. N° 1.947).**

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: Se presenta ante esta Corte el abogado Luis Emilio Pecci Díaz de Bedoya, en nombre y representación de la empresa Nuestra Señora de la Asunción Comercial e Industrial S.A., e impugna por vía de la inconstitucionalidad el A.I. N° 557 de fecha 28 de julio de 2.010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital.

El A.I. N° 557 de fecha 28 de julio de 2010, resolvió: “DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto. Revocar el auto apelado, en consecuencia, hacer lugar a la caducidad de instancia incoado por la parte demandada. Imponer las costas a la perdedora”.

Como fundamento de esta acción de inconstitucionalidad el accionante aduce que las resoluciones en cuestión resienten de notoria arbitrariedad e infringen los artículos 16 y 256 de nuestra Carta Magna que consagran la garantía del debido proceso y la obligación de los jueces de fundar sus resoluciones. Manifiesta que el magistrado desconoció las circunstancias del caso, interpretando en forma caprichosa el Derecho, pasando por alto circunstancias procesales, dictando una resolución contradictoria y en contraposición a principios constitucionales.

Corrido traslado de la acción, se presentó el abogado Pedro Andino Méndez en nombre y representación de la Empresa de Transporte Nuestra Señora de la Asunción (NASA), solicitando el rechazo de la acción (fs. 36/40).

El fiscal adjunto, Abog. Marco Antonio Alcaraz, en su Dictamen N° 1.151 de fecha 4 de octubre de 2011, señaló que: “... no cabe pues duda que nos encontramos ante una cuestión de interpretación y al respecto no podemos perder de vista que la circunstancia de interpretar la ley para aplicarla al caso concreto es materia opinable reservada únicamente a los magistrados intervinientes en cada causa concreta, que no habilita a abrir la vía de la inconstitucionalidad,

siempre que los juzgadores actúen dentro del marco de la discrecionalidad que la ley les otorga, como ocurrió en el presente caso...”. Concluyendo que corresponde rechazar la presente acción (fs. 42/45).

Conforme al análisis pormenorizado de los autos principales y de la resolución impugnada (A.I. N° 557 del 28/07/10), encuentro que no podríamos considerar nuevamente las actuaciones realizadas en las instancias inferiores, cuando que en el presente caso, la cuestión ha sido considerablemente debatida sin que pueda afirmarse que ninguna de las partes se haya visto privada de ejercer su defensa o que aquí se hayan violado las normas del debido proceso legal, culminando con el dictamiento del A.I. N° 557 de fecha 28 de julio de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, hallándose el mismo ajustado a derecho, teniendo en cuenta que la recusación no es un acto idóneo para interrumpir la caducidad.

La misma ha sido dictada tras un examen detenido y razonado de los extremos fácticos y legales del caso, sin que se observe en ella violaciones a principios o derechos de jerarquía constitucional. En efecto, la resolución se encuentra suficientemente motivada y fundada, siendo producto de una interpretación razonable de las leyes pertinentes y de una valoración también razonable de los hechos acreditados en autos. El juzgador ha llegado a la conclusión arribada, fallando así dentro del margen de discrecionalidad que la ley le otorga, según las reglas de la sana crítica.

Cabe recordar que, en principio, la acción de inconstitucionalidad no puede ser utilizada para cuestionar la interpretación y valoración realizada por magistrados inferiores siempre que dichas tareas se encuadren dentro de ciertos parámetros razonables que impidan calificarlas de arbitrarias. Por tanto aún en el supuesto de que esta Sala no compartiera el criterio de los magistrados en la decisión de las cuestiones sometidas a su consideración, la acción de inconstitucionalidad no podría constituirse en la vía para imponer el suyo. Es decir, la Sala Constitucional no puede, basada en la mera discordancia, anular una resolución judicial. Para ello, deben surgir transgresiones de orden constitucional que justifiquen una decisión en ese sentido, las cuales no se observan en el presente caso.

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 forma que tienen su ámbito natural de dilucidación en las instancias adecuadas. Este alto Tribunal ha sostenido en reiterados fallos que resulta imposible someter nuevamente un juicio a consideración de esta Corte, sin apartarse de los principios sentados jurisprudencialmente que impiden cuestionar las tareas de valoración e interpretación de los magistrados inferiores, mientras éstas sean el resultado de criterios de razonabilidad y de encontrarse ajustadas a normas constitucionales y legales.

Por las consideraciones que anteceden, opino que la resolución impugnada no viola normas constitucionales, en consecuencia corresponde el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad. Las costas deberán ser soportadas por la parte vencida. Es mi voto.

A su turno el doctor FRETES dijo: El interlocutorio cuestionado es el A.I. N° 557 del 28 de julio de 2010 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital. El mismo resolvió declarar desierto el recurso de nulidad y revocar el interlocutorio apelado por el que se decidiera rechazar el incidente de caducidad de instancia deducido por la firma demandada, tener por deducido el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la accionada, entre otros.

El recurrente funda la acción en la indebida interpretación de las constancias fácticas del expediente que conlleva la arbitraria aplicación del derecho aplicable al caso concreto.

En el presente caso, nos encontramos ante un supuesto de arbitrariedad fáctica que se dió en el marco de un pedido de caducidad de instancia. Recordemos que la caducidad de instancia tiene por fundamento los intereses público y privado que armonizan en la legislación procedimental. En efecto, por un lado se trata de evitar el desgaste jurisdiccional que implica la prolongación indebida de los pleitos y por el otro, se pretende estimular la actividad procesal del justiciable con la amenaza del aniquilamiento del juicio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la interpretación de la perención debe hacérsela con suma prudencia, es decir con carácter restrictivo. Contrario sensu, es dable afirmar que los actos interruptivos deben ser analizados con un criterio amplio.

A efectos de dilucidar lo aseverado por el accionante, es menester realizar un breve recuento de las actuaciones procesales. Es inobjetable que la providencia fechada 02 de diciembre de 2008 que tiene por iniciado el juicio es una

actuación impulsiva del proceso. Ahora bien, las siguientes actuaciones procesales son analizadas y evaluadas disyuntivamente de impulsivas o de inoficiosas tanto por las partes, como también por la magistratura competente. Veámoslas. Las actuaciones procesales referentes a la recusación sin expresión de causa formulada por el actor (fs. 128), la providencia de excusación (fs. 129), el desistimiento de la recusación (fs. 130), la constitución del domicilio del actor (fs. 131), los escritos referentes al impulso y al diligenciamiento de la medida cautelar peticionada y admitida (fs. 134 y 143), así como los mandamientos a efectos de hacer ejecutiva la medida cautelar (fs. 146 y 149); al tratarse de actuaciones referentes al proceso de integración a efectos de definir la magistratura competente como las atinentes al pedido y al diligenciamiento de una medida cautelar, ciertamente no tienen la virtualidad de impulsar el proceso. Aquí debe advertirse que el Oficial de Justicia, al tiempo de formalizar el mandamiento a efectos de ejecutar la medida cautelar dispuesta, ha dejado constancia que el domicilio real denunciado por el actor ya no corresponde a la firma demandada y ha individualizado el nuevo domicilio de la accionada (fs. 146/7). Por ello, el actor el 22 de mayo de 2009 ha fijado el nuevo domicilio real de la firma accionada y así el juzgador lo ha tenido por denunciado por providencia del 25 de mayo de 2009 (fs. 148 y vlta.). Luego, el representante convencional del accionado toma intervención, recusa sin expresión de causa y apela el interlocutorio que decreta la medida cautelar (fs. 155). Seguidamente, la accionada deduce un incidente de nulidad de actuaciones el 29 de mayo de 2009 y plantea el incidente de caducidad de instancia que nos atañe el 05 de agosto de 2009.

La firma accionada requiere la declaración de caducidad ante la falta de notificación de la providencia que dispone el traslado de la demanda y la inexistencia de actuaciones tendientes al impulso del proceso. Contrario a este criterio, el actor formula distintas hipótesis analizando las diversas actuaciones procesales como interruptivas del proceso.

El juzgador de primera instancia entendió que la promoción de la nulidad aludida precedentemente, ha abierto una instancia incidental que impide el progreso de la instancia principal, lo que obstruye el transcurso del plazo de la perención. Siguiendo este mismo lineamiento conceptual, el voto mayoritario del tribunal revisor, entendió que el incidente de nulidad impugna actuaciones relativas a actos de integración del órgano decisor; por tanto, si las actuaciones

que tienden a la integración de la magistratura no suspenden el trámite ni los plazos de la litis, conforme con los Arts. 25, 31 y 34 del Cód. Proc. Civ., las que intentan la validez de estos actos tampoco tendrán ese efecto. Por ello, consideraran que la caducidad es procedente y así la declaran.

Coincido con el razonamiento expuesto por la magistratura de alzada respecto de que las actuaciones citadas por los mismos no impulsan el proceso; empero, es dable advertir que no han hecho un análisis acabado de todas las actuaciones procesales diligenciadas en autos; entre ellas, las aptas para el impulso del proceso, causando un palmario perjuicio al accionante al declarar la caducidad del expediente. Recordemos que los jueces no pueden abstraerse de la valoración de todas las constancias obrantes en el expediente sin que ello implique un menoscabo evidente del debido proceso, contrariando lo que es propio de su ministerio, es decir, ponderar las circunstancias propias del caso concreto y la aplicación de la normativa adecuada.

Sabido es que el fallo que ignora u omite la evaluación de un elemento esencial para la solución del thema decidendum, incurre en arbitrariedad. En efecto, tal como lo detallara supra, el actor al denunciar el nuevo domicilio real del demandado ha impulsado el proceso. Aquí es importante tener presente que es a partir de la providencia fechada 02 de diciembre de 2008 que tiene por iniciado el juicio que debe computarse el plazo para la perención de la instancia. Por ende, es indudable que siguiente actuación idónea para el progreso de la acción es el anoticiamiento personal o por cédula de la demanda. Por ello, las actividades realizadas para lograr este fin constituyen actos de activación de proceso. En consecuencia, la denuncia del nuevo domicilio real de la firma accionada, constituye un acto idóneo de impulso procedimental. Esta circunstancia no fue evaluada por el órgano colegiado y resulta decisiva a efectos de determinar la procedencia o no de la caducidad.

Recordemos que la magistratura debe actuar prudentemente al tiempo de evaluar las actuaciones procesales ante un pedido de perención, debiendo analizarlos con un criterio amplio, de tal forma que ella sea declarada en los casos en que el/la litigante se muestre manifiestamente indiferente del destino del juicio planteado.

Por estas consideraciones, soy de opinión que la presente acción debe ser admitida y en consecuencia, corresponde declarar la nulidad del fallo impugnado. Costas a la parte vencida. Es mi voto.

JURISPRUDENCIA

A su turno el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ manifestó que se adhiere al voto del doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 557 de fecha 28 de julio de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital.

COSTAS a la parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Núñez Rodríguez, Bareiro de Mógica y Fretes.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial I.

\* \* \*

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.954**

**Cuestión debatida:** *El caso gira en establecer la procedencia de la demanda de divorcio vincular promovida por causal establecida en el Artículo 4º, inciso h), de la Ley N° 45/91; y , por otro, de la demanda reconvenional por divorcio vincular por causales previstas en el Artículo 4º, incisos c), f) y g), de la citada normativa.*

**DIVORCIO. Causales de divorcio. Malos tratos.** El actor pretendió simplemente desvirtuar la validez del historial médico y de las testificales invocando disposiciones de la Ley N° 1.600/00 y en la falta de denuncias policiales sobre el hecho. Sobre éste punto debe destacarse que las disposiciones de la Ley N° 1.600/00 no se hallaban vigentes a la fecha en que se produjo el hecho y no solo esto, sino que en el supuesto que hayan estado vigentes, esta norma tiene por objeto la protección de las víctimas de violencia procedente de familiares, cónyuges, etc., con el fin de evitar que la agresión se siga perpetrando, sin perjuicio de las demás acciones o sanciones que puedan corresponder en

derecho en los distintos fueros –ver Arts. 1º y 10 de la citada ley–. Por tanto, la omisión de denunciar oportunamente el hecho no puede ser invocada como un hecho que prive a la víctima de invocar tal evento en el futuro en la defensa de sus derechos.

**CSJ. Sala Civil. 16/11/12. “U.S.G.B. C/ J. B.N.G.S/ Divorcio Vincular”. (Ac. y Sent. N° 1.954).**

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

**CUESTIONES:**

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Miguel Oscar Bajac Albertini, Raúl Torres Kirmser y César Antonio Garay.

A la primera cuestión planteada, el señor ministro Miguel Oscar Bajac Albertini dijo: Los fundamentos del recurrente en lo que al Recurso de Nulidad interpuesto respecta giran en torno a que la Resolución en estudio es arbitraria, arguyendo que la misma no se halla fundada en la Ley ni en la Constitución Nacional. Manifestó igualmente que los argumentos del Ad-quem fueron “antojadizos”, no examinando o analizando las pruebas ofrecidas y diligenciadas.

Es dable recordar que éste recurso tiene por objeto subsanar los defectos de las Resoluciones que contengan vicios, resultado de la inobservancia de las formas legales, las cuales hagan imposible su cumplimiento, sin embargo, ella no procede cuando estas anomalías sean reparables a través de otros recursos o cuando no exista perjuicio, interés jurídico o Derecho a la defensa en Juicio vulnerados.

Al no constatar vicios ni defectos en la resolución en estudio, los que obligatoriamente hagan viable declarar la nulidad, corresponde desestimarlos.

A su turno, los ministros Raúl Torres Kirmser y César Antonio Garay manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini prosiguió diciendo: U.S.G.B. promovió demanda de divorcio contra

J.A.N.G., invocando la causal prevista en el artículo 4, inciso h) de la Ley N° 45/91 que dispone: “la separación de hecho por más de un año, sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges”. Por otra parte J.A.N.G, al momento de contestar el traslado de la acción, planteó demanda reconvenicional de divorcio, alegando las causales de sevicia, malos tratos, injurias graves, abandono voluntario y malicioso del hogar, y adulterio, previstos en los incisos c), f) y g) del Artículo 4 de la citada norma legal.

Por S.D. N° 370 del 01 de octubre de 2009 y su aclaratoria S.D. N° 47 del 6 de febrero de 2010, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, se resolvió no hacer lugar al divorcio vincular promovido por el Sr. U.S.G.B. contra J.B.N., hacer lugar a la demanda reconvenicional presentada por J.B.N contra el Sr. U.S.G.B, por las causales establecidas en los incisos “c” y “f” del Artículo 4° de la Ley N° 45/91, por culpa del marido, declarándose el divorcio vincular de los mencionados, con imposición de costas a la parte perdedora.

Por Acuerdo y Sentencia N° 38 del 6 de setiembre de 2010, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Criminal y Laboral, 1ª Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, se resolvió modificar las referidas resoluciones, declarando el divorcio de U.S.G.B y J.B.N por culpa de ambos cónyuges, imponiendo las costas en el orden causado.

Apelada la citada resolución y previo los trámites de rigor, la recurrente J.B.N. expresó sus correspondientes agravios alegando que las pruebas ofrecidas por su parte no fueron valoradas y apreciadas correctamente por el Ad-quem; que el actor no demostró que el abandono se haya producido a raíz de un acuerdo entre los cónyuges, tal como lo afirmó; arguyó además que no fue valorada la prueba de reconocimiento judicial, mediante el cual el Juzgado se constituyó en el que fuera el hogar conyugal, prueba ofrecida y diligenciada con el afán de formar la convicción en el Juez de que la recurrente no contaba con medios para mantenerse por sí misma, evidenciándose ello con la humildad de la residencia, habiendo sido abandonada a su suerte por el actor, dejándola a cargo de la crianza de los 8 hijos matrimoniales, quienes en la época del abandono eran menores; agravia a la recurrente que el Ad-quem haya considerado las referidas cuestiones irrelevantes a los efectos de resolver el fondo de la cuestión, en forma totalmente desacertada, por considerar que en el presente proceso precisamente se discute la falta de asistencia mientras aun subsistía

la obligación del marido de asistir a la esposa e hijos, quienes se encontraban en una situación desfavorable en comparación al actor, quien contaba con un ingreso estable, y sin embargo se mostró renuente a su cumplimiento. Refirió además que la causal de maltratos físicos no fue negada en absoluto por la accionante al momento de contestar la reconvenición, limitándose a manifestar que no fue arrimada ninguna denuncia policial, no expidiéndose expresamente sobre el maltrato físico denunciado, habiendo ello quedado probado no solo con la evasiva del accionante, sino a través de los distintos medios de pruebas diligenciados en el proceso, tales como el informe remitido por el Hospital Tesai y las declaraciones de los testigos, los cuales permiten formar la convicción de la existencia del maltrato físico, y que el Tribunal estudió en forma aislada, aplicando un sistema de valoración probatorio no admitido por nuestra legislación. Terminó solicitando que la resolución en estudio sea revocada con expresa imposición de costas a su adversa.

Por su parte la representante del accionante ha contestado el traslado de los agravios en los términos contenidos en el escrito que rola a fs. 233/241, donde manifestó que la resolución en estudio se halla conforme a derecho, debiendo la misma ser confirmada. Arguyó además que la adversa no aportó pruebas suficientes que corroboren las causales invocadas e imputadas a su parte. Finalmente solicitó que la resolución en estudio sea confirmada.

El representante del Ministerio Público, mediante el Dictamen N° 1.361 del 01 de noviembre 2011, recomendó se confirme el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial del Alto Paraná.

De conformidad al límite establecido en el Artículo 403 del Código Procesal Civil, en esta Instancia corresponde estudiar sólo lo que hubiere sido objeto de modificación y dentro del límite de lo modificado. En tales condiciones, examinadas ambas resoluciones se advierte que el tema en estudio se circunscribe a determinar si la culpa por la extinción del vínculo matrimonial recae en el señor U.S.G. o en ambos cónyuges.

En el caso tenemos que el señor U. S. G. invocó la causal prevista en el Artículo 4 inc. "h" de la ley N° 45/91. Por su parte J. B.N. G. invocó las contenidas en el mismo Artículo, específicamente en los incisos c) f) y g) de la citada disposición legal. En relación a la causal de "adulterio" se advierte que el A-quo no ha hecho mención a ella en la sentencia y su aclaratoria, y de igual modo el

Ad-quem tampoco se ha referido a dicha causal, por lo que su estudio en esta Instancia se encuentra vedado.

A los efectos de resolver sobre las cuestiones planteadas corresponde pues realizar un acabado análisis de las pruebas ofrecidas y diligenciadas por las partes para acreditar sus respectivas posturas, en las cuales se atribuyen mutuamente la culpabilidad de la extinción del matrimonio.

La reconviniendo alegó que la separación no se debió a su culpa, sino a la del Señor U. G., a quien atribuyó abandono malicioso y malos tratos. En lo que a esta última causal respecta, dijo que: *“ya era más que costumbre llegar a la casa en total estado de embriaguez y más que una diversión para el demandado, propinarme cobardemente golpes, con puños cerrados y utilizando cualquier tipo de otro medio, como garrotes y cintos, en contra de mi persona, causándome daños físicos y psicológicos, situación ésta de público conocimiento en el Barrio F., donde actualmente residimos mis ocho hijos y yo. En el Año 1.993 aproximadamente...en estado de total ebriedad concurrió a nuestra casa, y me golpeo salvaje y brutalmente, pues el demandado al consumir bebidas alcohólicas se transforma en otra persona, propinándome fuertes golpes en todo el cuerpo, a tal punto que me rompió la nariz, y notando los vecinos, específicamente la Sra.G.L.C.A. y otros lo que estaba ocurriendo en nuestra casa fueron rápidamente a prestarme auxilio, para que el demandado deje de golpearme..., tuve que necesariamente ser asistida por profesionales de la salud, del hospital Area 2, actualmente Fundación Tesai”*. El reconvenido ante dichas manifestaciones en su escrito de contestación negó lo manifestado por la adversa, argumentó que en autos no consta denuncia policial por violencia doméstica, asimismo que conforme a la Ley 1.600/00, el único diagnóstico médico válido como prueba de juicio, es aquella expedida por el Centro de Salud Regional Local, por tanto el informe solicitado a la Fundación Tesai por la demandada no hace prueba en el juicio.

A los efectos de lograr el convencimiento judicial, la reconviniendo ofreció y produjo prueba documental y testimonial. La instrumental consistió en un informe remitido por la Fundación Tesai obrante a fs. 89, en el cual da cuenta de que la señora J.N. D. G. fue asistida en el Centro Asistencial el día 13 de julio del año 1.994 por fractura de hueso de la nariz, aclarándose en dicho informe que la paciente manifestó que la agresión fue realizada por terceros. En relación a las testimoniales, de la lectura de las actas respectivas de los

testigos D. A. M. M. (fs. 70), L.D.T.de M. (fs. 71), G.L.C. A.(fs. 73), C.J. (fs. 74) se advierte que los mismos manifestaron en forma conteste y uniforme que el reconvenido maltrataba y golpeaba a la reconviniendo cuando aquel se hallaba en estado de embriaguez. Es más, hicieron referencia al hecho que debieron de socorrer a la señora J. cuando le rompió la nariz llevándola hasta el Centro Asistencial. De manera que con estos elementos probatorios, considero que es posible concluir que fue demostrado que el señor U. maltrataba a la señora J. B.N.

En tales condiciones la causal de maltrato alegada por la reconviniendo queda probada, correspondiendo hacer lugar a la demanda reconvenional de divorcio por dicha causal.

En relación a la causal de abandono malicioso, la recurrente alegó que el Sr. U. G. la dejó sin nada, viéndose la misma obligada a criar a sus ocho hijos sin asistencia de su esposo. Se advierte en autos que la recurrente ha promovido el correspondiente juicio sobre asistencia alimenticia, en el cual ha sido dictada la S.D. N° 372 del 17 de octubre de 1.994, en la cual se declaró la obligación del Señor U.G. de abonar la suma de Gs. 371.000 por mes, suma que fuera reajustada en el expediente caratulado: “N. M. G. N. s/ aumento de asistencia alimentaria”, donde fuera dictada la S.D. N° 260 del 17 de setiembre de 2007 en la cual se fijó la suma de Gs. 1.500.000 (Guaraníes Un Millón Quinientos Mil) que el Sr. U. G. debía abonar por la asistencia alimenticia de sus menores hijos. No surge de autos que el obligado a prestar alimentos haya incumplido sus obligaciones, motivo por el cual se concluye que al mismo no se le puede atribuir desinterés. Por otra parte, el hecho de que a casi 18 años de la separación, la señora J. B. N. continúe viviendo en condiciones precarias, conforme se observa en las tomas fotográficas de fs. 81/87, no puede ser atribuida al actor.

En tales condiciones, habiéndose corroborado la causal prevista en el Art. 4 inc. c) de la Ley N° 45/91, voto por revocar parcialmente el Acuerdo y Sentencia Número 38 de fecha 6 de setiembre del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, en el sentido de declarar el divorcio vincular de los esposos U.S.G.B. y J.B.N.G. por culpa exclusiva del señor U.S.G.B. Imponer las costas a la perdidosa, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 192 del C.P.C.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: □Es materia de recurso en estos autos determinar si corresponde declarar el divorcio de la pareja conformada por U. S. G. y J. B. N. G., por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse o por las causales invocadas –o una de ellas– por la demandada y reconviniente: malos tratos, abandono y adulterio.

Ya en fallos anteriores hemos sostenido que al comprobarse la alegación de causales objetivas y subjetivas de divorcio debe primar la preponderancia de la causal subjetiva sobre la objetiva, de modo tal que comprobada aquella se soslaya esta; esto es, contrapuesta a la demanda de divorcio remedio que se funda en la mera interrupción de la cohabitación, causal objetiva, una demanda reconventional de divorcio sanción, en la que se denuncia el incumplimiento de deberes maritales –que es nuestro caso– si resulta probada la causal subjetiva, debe preterirse la objetiva. (En tal sentido, fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala E. LL 1993-C-224, comentado por Daniel Hugo D’Antonio, “Visión Jurisprudencial de la Separación Personal y el Divorcio Vincular”, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 1998, pág. 108 y ss.). Ilustramos nuestra posición con los fallos y doctrina siguientes: “Cuando en un mismo proceso de divorcio se encuentren probadas la causal objetiva (divorcio por separación de hecho) y la causal sancionatoria del incumplimiento de los deberes maritales (divorcio-sanción), debe decretarse el divorcio de los cónyuges por esta última especie, a la que nuestro sistema sigue adherido en coherente armonía con los derechos deberes que asumen los esposos en virtud de la relación jurídica matrimonial” (Tribunal Colegiado Juicio Oral, N° 3, Santa Fe, 19/11/89, cit. por Ricardo J. Dutto, “Divorcio y Separación Personal”, Edit. Juris, Rosario, Argentina, 2ª edición actualizada y ampliada, 2000, pág. 268). “No obstante la existencia de causales subjetivas y objetivas de divorcio, no es factible su acumulación y sólo es viable su articulación en conjunto para que la causal culpable absorba y comprenda a la objetiva, o para que la separación de hecho juegue en subsidio, es decir ante la falta de acreditación de la causal subjetiva” (Juzg. Civ. y Com. Azul, 18/5/92, Ricardo J. Dutto, op. cit., pág. 268). De nuestros tribunales, extraemos el siguiente fallo: “Cuando coexisten dos causales de divorcio, una de carácter objetivo y otra de carácter subjetivo, debe prevalecer esta última. Pero para que ello ocurra, es menester que ambas causales están igualmente probadas” (TApel. Civ. y Com., Asunción, Sala 2, 2005/06/13. Ac. y Sent. N° 88, cit. en

LLP 2005, p. 943). Tal supremacía de la causal subjetiva, aún cuando la objetiva también se halle probada –conforme a la doctrina prevaleciente en el derecho comparado– es, precisamente, cuanto sostiene la apelante como razón justa para la apelante como razón justa para la revocatoria del fallo en estudio (en este sentido vide Ac. y Sent. N° 1.255,015 de diciembre de 2008, opinión del ministro Torres Kirmser).

Como breve introito, debe recordarse que la presente causa se inició con la acción de divorcio presentada por U. S. G., quien invocó la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse. A ello, la demandada J.B.N. reconvino por divorcio, pero invocando las causales subjetivas de malos tratos, abandono y adulterio. Sostiene la reconviniente que la separación no se debió a una decisión común, sino que se debió a una decisión unilateral del demandante, quien luego de un supuesto episodio de violencia, en el que habría agredido físicamente a la reconviniente, se retiró del hogar.

Por lo dicho con anterioridad, primeramente debe establecerse si las causales subjetivas se hallan o no probadas, puesto que de no ser así, correspondería simplemente establecer como causal del divorcio la invocada por el demandante, es decir, la separación de hecho.

En este punto debe destacarse que todas las causales denunciadas por la reconviniente pueden ser objeto de estudio ante esta alzada. En primer término debido a que aun cuando en la sentencia de primera instancia no se hizo referencia a la causal de divorcio, la resolución contenía un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la parte reconviniente, acogiendo su demanda de divorcio por los malos tratos y abandono, por tanto, carecía de interés en interponer recursos contra una resolución que le resultó favorable. En segunda instancia, la sentencia dispuso el rechazo de la demanda reconvencional, rechazando la pretensión de divorcio fundada en causales subjetivas planteada por la parte reconviniente, quien recurrió contra esta resolución ante esta Instancia. Por ende, la desestimación de la pretensión de la parte reconviniente ha sido objeto de modificación en segunda instancia y por ende es apelable en virtud de lo dispuesto por el Art. 403 del Código Procesal Civil y la posibilidad de estudiar si es procedente o no la declaración de divorcio por causales subjetivas absorbe y comprende el estudio sobre las distintas causales invocadas. Esto es así, especialmente al considerar que el magistrado tiene el deber de fallar sobre la procedencia o no de las pretensiones planteadas por las par-

tes, en el caso: la procedencia o no del divorcio por culpa del marido, pero no está obligado a expedirse sobre las argumentaciones que considere impertinentes a los efectos de la resolución sobre las pretensiones propuestas –*vide* Art. 159, inc. c) del Código Procesal Civil–. Cabe agregar que la reconviniente y recurrente en estos autos expresamente se agravió, además, contra la forma en que el Tribunal desestimó sus argumentaciones sin considerar las causales por su parte alegadas, como claramente puede leerse en su escrito de expresión de agravios: “Esta representación, en la estación procesal oportuna, contestó el traslado de la demanda, negando categóricamente los hechos expuestos en el escrito de demanda, sí reconociendo la separación de hecho pero negando que fue a consecuencia de una decisión tomada en forma conjunta por ambos cónyuges tal como fue sostenido por el accionante, sino que se trató a consecuencia del abandono efectuado por el actor, quien luego de haber propinado golpes físicos contra la persona de mi representada, abandonó el hogar conyugal para formar una nueva vida con otra mujer, dejando en estado de abandono a su esposa y sus 8 hijos menores”(f. 227), por lo que no puede obviarse que el estudio sobre las distintas causales de divorcio invocadas ha sido debidamente sometido a la competencia de esta alzada, y por ello constituye la materia del presente recuro en virtud de lo dispuesto por el Art. 420 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, entrando al análisis de las probanzas de autos, a fs. 89 a 103 consta el informe remitido por la Fundación Tsai, Asistencia Médica Integral, en el que se detalla: “La Paciente J. N. de G. consultó en este servicio (Traumatología) el día 13 de Julio del año 1994 por fractura del hueso propio de la nariz, refiere agresión por terceros; se realizó reducción bajo anestesia general el día 14 de julio de 1994” (sic) (f. 89). Cabe recordar que el Art. 372 del Código Procesal Civil establece que los informes son la vía procesal para informar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso, relativos a hechos que resulten de los registros, documentación o archivo del informante, como es en este caso, la constatación de haber prestado asistencia médica a la reconviniente como consecuencia de una lesión traumática.

Esta prueba es más que idónea para demostrar la existencia de la lesión invocada, aunque no es suficiente por sí sola para demostrar que el hecho se produjo en la forma alegada por la reconviniente. Para establecer si el hecho se produjo en la forma invocada, es necesario recurrir a las declaraciones testifi-

cales rendidas en autos. En este sentido, A. M.M., L.D.T.M., G.L.C.A.y C.G. ha sido contestes en expresar que la lesión sufrida en la nariz por la reconviniendo se produjo en la forma relatada por ella, es decir, como consecuencia de una agresión de parte de U.S.G., a lo que agregó inclusive la testigo C. G. que la agresión habría cesado recién con la intervención de los vecinos (fs.70, 71, 73 y 74). Igualmente todos relataron haber presenciado el suceso y ser vecinos del lugar.

Los testigos E.J.M. y R.C.M. se limitaron a responder con un escueto “no”, al ser consultados sobre si les constaba que el demandante haya alguna vez agredido a J. B. N.. Ahora bien, estas declaraciones no desvirtúan la de los testigos citados con anterioridad, ya que no es contradictorio afirmar que estos dos últimos testigos no hayan tenido conocimiento del evento aludido por los arriba citados. Lo único que estos testigos afirmaron es que ellos no saben ni les consta que el demandante haya agredido a su cónyuge, lo que, repetimos, no excluye que se hecho se haya producido sin que ellos hayan tenido conocimiento y en la forma relatada por la reconviniendo y los testigos A. M.M., L. D. T. M., G. L. C. A. y C.J., relatos que además son coincidentes con el informe proveniente de la Fundación Tesãï –f. 89– y con las fechas invocadas por el actor como inicio de la separación.

Cabe recordar que la demanda de divorcio fue presentada por el actor en agosto de 2007, cargo f. 8 vlt., ocasión en que manifestó hallarse separado de hecho de su cónyuge desde hace más de trece años.

A esto debe agregarse que el actor pretendió simplemente desvirtuar la validez del historial médico y de las testificales invocando disposiciones de la Ley N° 1.600/00 y en la falta de denuncias policiales sobre el hecho. Sobre este punto debe destacarse que las disposiciones de la Ley N° 1.600/00 no se hallaban vigentes a la fecha en que se produjo el hecho y no solo esto, sino que en el supuesto que hayan estado vigentes, esta norma tiene por objeto la protección de las víctimas de violencia procedente de familiares, cónyuges, etc., con el fin de evitar que la agresión se siga perpetrando, sin perjuicio de las demás acciones o sanciones que puedan corresponder en derecho en los distintos fueros –ver Arts. 1° y 10 de la citada ley–. En este sentido, la jurisprudencia internacional, en materia análoga, tiene sentado: “La exclusión regulada en la ley 12.569 no es para lograr la atribución de la vivienda en un divorcio, ni para sancionar a padres o hijos por mediar violencia entre ellos, sino para colocar a

todos en un sistema de tratamiento que les permitan superar una vinculación intrafamiliar inadecuada. El objetivo inmediato es hacer cesar el riesgo que pesa sobre las víctimas, mediante la adopción de medidas eficaces, urgentes y transitorias” (RSI-402-8 I 4-9-2008). Por tanto, la omisión de denunciar oportunamente el hecho no puede ser invocada como un hecho que prive a la víctima de invocar tal evento en el futuro en la defensa de sus derechos.

Tampoco puede dejar de destacarse el hecho de que el demandante en ningún momento trató de probar que la lesión sufrida por su cónyuge se produjo de una forma diferente a la invocada por ella, ni presentó prueba alguna que desvirtúe el informe y las testificales producidas en autos.

Tampoco puede alegarse que haya existido perdón por parte de su cónyuge, ya que la falta de voluntad de unirse, no controvertida en autos y el hecho – tampoco controvertido– de que el demandante habría salido del hogar conyugal por la fecha en que se produjo el hecho, son evidencia contraria a una presunción de perdón por parte de la víctima, en los términos de los dispuesto por el Art. 13 de la Ley N° 45/91.

Lo arriba expuesto lleva a la conclusión de que U. S. G. incurrió en la causal prevista por el inc. c) de Art. 4° de la Ley N° 45/91.

En cuanto a la causal de adulterio, negada por el actor y reconvenido, debe apuntarse que el hecho de que las partes se hayan separado, presumiblemente como consecuencia del evento en que se produjo la agresión a J.B.N y que podría decirse que genera una fuerte presunción sobre el concurso de la causal de abandono del hogar conyugal en los términos de la primera parte del inc. f) del Art. 4° de la Ley de Divorcio, no exime a las partes del cumplimiento de los demás deberes conyugales, en particular el deber de fidelidad.

Del estudio de las constancias de los autos caratulados: “N. M. G. N. sobre Aumento de Asistencia Alimentaria”, arrimados a estos autos por cuerda, surge que el propio U. S. G. reconoce tener otra pareja, con la que además habría procreado un hijo extramatrimonial, lo que resulta más que idóneo para configurar la causal de adulterio. Así, a f. 21: “soy padre de familia, tengo constituido un nuevo hogar con un hijo, con quienes comparto una vida”. A f. 17 de dicho juicio consta el certificado de nacimiento de dicho hijo, arrimado por el propio U. S. G. y donde puede constatar que su hijo nació en el año 1999.

Sobre este punto, la jurisprudencia extranjera ha establecido: “Entablada acción de divorcio vincular por la causal prevista por el art. 214, inc. 2° de la

Ley 23.515 y no habiéndose acreditado cuál de los cónyuges causó la separación de hecho, el comportamiento de quién ha incurrido en relaciones concubinarias –constitutivas de la causal prevista por el art. 202, inc. 2º del C. Civil– aún con posterioridad a la separación acordada, conlleva la consecuencia de que se lo considere como cónyuge culpable del divorcio a los efectos de lo dispuesto por el art. 204, último párrafo, de la ley citada” (CC0100 SN 910698 RSD-41-92 S 17-3-1992); “No hay disposición alguna que releve a los esposos separados de hecho de observar el deber de fidelidad, que se mantiene vigente. Y que en el caso no se trata de conductas discretas de trato con el sexo contrario, sino de una evidente violación al recordado deber ya que el demandado tuvo una hija extramatrimonial, lo que constituye prueba irrefutable de adulterio (arts. 198, 214 inc. 1 Cód. Civil)” (CC0201 LP, A 43118 RSD-300-94 S 10-11-1994). Por tanto, no cabe más que tener por plenamente probada la causal prevista por el inc. g) del Art. 4º de la Ley N° 45/91.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la demanda de reconvenional de divorcio por las causales de malos tratos y adulterio, interpuesta por J.B. N. contra U. S. G. y, en consecuencia, revocar la resolución apelada en cuanto hizo lugar a la demanda de divorcio fundado en la separación de hecho sin voluntad de unirse. En este punto cabe recordar lo apuntado más arriba: “Enfrentadas la ‘separación de hecho’ esgrimida por el actor, con el ‘adulterio’ y las ‘injurias graves’ alegadas por la demanda-reconviniente, estando probados los hechos que configuran estas últimas, aquella queda desplazada por estas, y el divorcio (o la separación personal, si fuera el caso) debe decretarse en su mérito, con rechazo de la pretensión contraria. No cabe llegar al absurdo de dinamizar en un caso concreto, dos instituciones tan diferentes y hasta encontradas. Ni –menos aún– permitirle el “premio” al cónyuge transgresor de poder refugiarse en la neutralidad hipócrita de la causal objetiva; una deshonestidad tal no encuentra cabida en la ley vigente, por muchos que sean sus defectos (art. 235, Código Civil)” (CC0201 LP, A 43668 RSD-43-96 S 19-3-1996).

Las costas del juicio deben ser impuestas a la parte reconvenida y perdedora, de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 205, 203 inc. b) y 192 del Código Procesal Civil.

A la segunda cuestión, el señor ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: El caso gira en establecer la procedencia de la demanda de divorcio vincular promovida por U. S. G. B., por causal establecida en el Artículo 4º,

inciso h), de la Ley N° 45/91; y, por otro, de la demanda reconvenional por divorcio vincular promovida por J. B. N. G., por causales previstas en el Artículo 4°, incisos c), f) y g), de la citada normativa.

Corresponde, entonces, iniciar el estudio por las pretensiones formuladas por la reconviniendo, pues: *“Si se demanda invocando exclusivamente una causal objetiva de divorcio vincular y el accionado reconviene alegando abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, la causa objetiva queda desplazada por la causa subjetiva. De este modo, en el proceso deberá definirse la atribución de culpa en el marco de lo que se conoce como ‘divorcio-sanción’ ”* (SCBA, Ac. 88226 S 15-8-2.007).

La reconviniendo sostuvo que la relación con el reconvenido se volvió insostenible, que era más que costumbre que él llegue a la casa en total estado de embriaguez y más que una diversión propinarle cobardemente golpes, con puños cerrados y utilizando cualquier tipo de elementos, como garrotes y cintos, en contra de su persona, causándole daños físicos y psicológicos, situación de público conocimiento en el Barrio Fátima, según expuso. Aseveró que en el año 1993, tras una de sus nochedas, en total estado de ebriedad concurrió a la casa, golpeándola salvaje y brutalmente, a tal punto de romperle la nariz y notando los vecinos le prestaron auxilio. Esgrimió que tras ese suceso tuvo que ser asistida por profesionales de la salud, del Hospital Área 2, actualmente Fundación Tesái (fs. 28/9). El reconvenido negó categóricamente esos maltratos físicos, afirmando que la misma no hizo denuncia policial por violencia doméstica y que el único diagnóstico válido era el expedido por el Centro de Salud Regional Local, según Ley N° 1.600/2000 (fs. 42/3).

A fin de demostrar esos extremos la reconviniendo ofreció prueba testimonial. D.M.M. sostuvo que al principio la relación matrimonial era normal, pero después de cierto tiempo empezó a tener problemas, señalando que hubo mucha pelea y violencia de parte del reconvenido hacia su esposa, agregando aquel tomaba mucho. Señaló que le rompió la nariz y la cara, a la reconviniendo, y que primeramente los vecinos la llevaron al Centro de Salud y luego al hospital del Área 2 (fs. 70). L. D. T. de M. aseveró que la pareja tenía muchos problemas, señalando que cuando el reconvenido empezó a trabajar en Itaipú comenzó a maltratar a la accionada, señalando que llegaba a su casa borracho y le pegaba –a aquella– frente a sus hijos. Agregó que una vez le rompió la nariz, razón por la que le llevaron al Centro de Salud y después al Área 2 (fs. 71). G. L. C. A.

señaló que la relación era normal y que después vino el maltrato, afirmando que la maltrataba y pegaba. Aseveró que le constaba que en el año 1993 el reconvenido llegó a su casa en total estado de ebriedad y procedió a golpear a su esposa (fs. 73). C. G. esgrimió que al comienzo la relación era buena, pero después empezó a deteriorarse por el consumo de bebidas alcohólicas, agregó que la maltrataba, que le agredió físicamente y que la Sra. tuvo lesiones en la nariz. Esas declaraciones tienen mayor relevancia porque fueron prestadas por vecinos de la zona, algunos de ellos, incluso, ayudaron a la reconviniendo a trasladarse al Centro de Salud para curar la agresión. Esos testimonios no fueron impugnados por la adversa y se imponen sobre los ofrecidos por el reconvenido (fs. 78/9) por la calidad y detalles de sus declaraciones.

Igualmente de los documentos obrantes a fs. 89/90 puede verificarse que el 9 de Julio de 1994 la reconviniendo acudió a la Fundación Tsai por fractura de hueso propio de la nariz, circunstancia que coincide con la versión dada por vecinos del lugar. Dicha prueba no fue desvirtuada por el reconvenido a través de ningún elemento probatorio. Cabe señalar que la Ley N° 1.600 entró en vigencia en el año 2000, mucho después del hecho alegado, por lo que no es aplicable al caso. Y la circunstancia que no exista denuncia policial sobre dicha agresión carece de suficiente mérito probatorio para desvirtuar las otras probanzas aportadas en Juicio. La posición del reconviniendo fue muy ligera y no convence, pues se basó en incumplimiento de formalismos legales antes que en hechos concretos que darían –en caso de ser acreditados– refuerzo a su posición.

*“Los malos tratos comprenden todo acto ejecutado en forma verbal, por escrito o materialmente, que constituya una ofensa para el otro cónyuge, atacando su honor, reputación o dignidad o hiriendo sus justas susceptibilidades, sin que se requiera la reiteración de tales episodios, ya que uno solo bastaría para decretar el divorcio, si reviste la necesaria gravedad”* (Conf. Borda, Guillermo, Familia, T. I, p. 428).

A mérito de lo expuesto, se encuentra suficientemente acreditado que existió causal de divorcio por malos tratos físicos, por lo que corresponde declarar divorcio vincula por esa causal.

Respecto a la causal dispuesta en el Artículo 4°, inciso f), abandono voluntario y malicioso del hogar por faltar a los deberes de asistencia para con el otro o con sus hijos, la reconviniendo sostuvo que el reconvenido tras abandonar el

hogar conyugal, por su propia voluntad, nunca más honró su papel de padre. Señaló que luego de su abandono nunca pasó un sólo Guaraní para los gastos de crianza. Aseveró que sólo después de haber interpuesto demanda de prestación de alimentos a favor de sus hijos, ellos obtuvieron la suma de Gs. 371.000, señalando que después de casi 13 años su hija logró aumento de dicha asistencia (fs. 29/31). El reconvenido negó que nunca ayudó a sus hijos, afirmando que Itaipú descontaba en forma mensual y consecutiva el salario en concepto de prestación alimentaria (fs. 43/5).

De constancias procesales se aprecia que el reconvenido abonaba a la recurrente suma mensual en concepto de prestación de alimentos, descontada de su sueldo en Itaipú (vide: fs. 106/47). Ese monto fue elevado en el del Juicio intitulado: “N. M. G. N. s/ Aumento de Asistencia Alimentaria”, agregado por cuerda, habiéndose otorgado a aquella la suma de Gs. 1.500.000 (fs. 109/12), depositada por su progenitor según obra a fs. 143/7 del Juicio. Se aprecia, pues, que si la recurrente quería obtener aumento de pensión alimentaria, contaba con recursos legales para hacerlo, por lo que tal omisión no puede constituir causal de abandono. Que a la fecha sus hijos sean mayores de edades no modifica ese criterio.

Por ello, no se configura la causal invocada, pues está debidamente demostrado que el reconvenido no se sustrajo al deber alimentario, más allá de la falta de conformidad de la reconviniente que –como dijimos– no solicitó por vía legal mejora de dicho monto. La mejor Jurisprudencia ha señalado: *“La eventual modificación de ‘status’ económico del grupo familiar con posterioridad a la separación o la circunstancial ayuda por parte de parientes que podría implicar que un testigo haya visto en alguna oportunidad a la progenitora de la esposa portando una bolsa de supermercado con alimentos, menos aún, los deterioros que tendría el inmueble conyugal con motivo de filtraciones, no tienen entidad suficiente como para configurar una causal de divorcio. Y en todo caso, como bien lo sostiene el Fiscal General, el tema debe ser objeto de adecuado tratamiento en el proceso por alimentos, en el que también deberá analizarse la veracidad de la infatigable alegación de la situación de riqueza que la Sra. M. atribuye constantemente al Sr. O”* (AR JUR 25939/2.009).

En estas condiciones, la demanda de divorcio por esa causal debe ser desestimada.

En cuanto a la causal por adulterio, Artículo 4º, inciso g), de la Ley N° 45/91, cabe señalar que la recurrente –en esta Instancia– no se agravió de su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

rechazo por parte del Ad-quem, conforme surge del escrito de memorial. Por ello, a este Tribunal le está vedado su análisis, en atención a expresas disposiciones del Artículo 420 del Código Procesal Civil.

Por las motivaciones explicitadas, corresponde revocar parcialmente el Fallo impugnado, en el sentido que cabe declarar divorcio vincular por culpa exclusiva del esposo, pues se acreditó la existencia de malos tratos físicos, quedando de tal modo desplazada la causal objetiva de separación de hecho. Las Costas deberán imponerse a la perdidosa según lo dispuesto en los Artículos 192, 205 y concordantes del Código Ritual. Es mi voto.

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

VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial,

RESUELVE:

Tener por desistido el recurso de nulidad interpuesto, por la abogada Teresa Aguilar.

Revocar Parcialmente el Acuerdo y Sentencia Número 38 con fecha 6 de setiembre del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná en el sentido de declarar el divorcio vincular de los esposos U. S. G.B. y J.B.N.G., por culpa exclusiva del esposo por los fundamentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución.

Imponer costas del juicio a la parte perdidosa.

Anotar, notificar y registrar.

Ministros: Bajac, Torres y Garay

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.956**

### **RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del recurso de casación. Admisibilidad y procedencia del recurso.**

La resolución consta de muy pocas líneas, (que no sería de importancia si es que responde todos los agravios y plasma claramente las razones de la sentencia), pero en el mismo la gran mayoría de ellas son expresiones del fallo del tribunal de méritos, y el resto una gran generalidad donde se expresa que todo el proceso y la sentencia de primera instancia está bien, dando por cerrado el debate.

### **C.S.J. Sala Penal. 16/11/12. “L. A. Y. M. s/ Difamación y Otros”. (Ac. y Sent. N° 1.956).**

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

#### **CUESTIONES**

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

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: El abogado Víctor Gulino interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, confirmatorio de la sentencia dictada en primera instancia.

Por Sentencia Definitiva N° 46 del 4 de agosto de 2011, el Tribunal de Sentencias dispuso en su parte resolutive tener probada la existencia del hecho punible de calumnia, la autoría de L. Y. y condenar al mismo a la pena de multa.

En primer término corresponde efectuar el análisis de admisibilidad del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: El recurrente plantea su recurso de casación en fecha 11 de noviembre de 2011, estando dentro del plazo para hacerlo según cédula de notificación realizada al mismo en fecha 2 de noviembre y al condenado en fecha 3 de noviembre de 2011 ambos, por lo

cual el recurso se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal. La resolución recurrida es el Acuerdo y Sentencia arriba mencionado, emanada del Tribunal de Apelación; esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. El recurrente invocó expresamente como motivo de su reclamo el inciso 3° del artículo 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

En cuanto al motivo invocado, cumple sus requisitos elementales y por ello debe analizarse ya el fondo de la cuestión.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente es abogado defensor en la causa, se halla debidamente legitimado a recurrir en casación, por lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Penal, segundo párrafo.

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el escrito de la recurrente se halla fundado y precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde declarar admisible para su estudio el recurso deducido. Es Mi Voto.

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

A la segunda cuestión planteada la doctora PUCHETA DE CORREA prosigue diciendo: El recurrente solicita la casación de la resolución de Cámara argumentando que la misma es infundada y no ha respondido a lo medular de la cuestión elevada a su competencia.

Respondiendo al único agravio de la recurrente, esta Corte Suprema de Justicia observa que el fallo de Cámara confirmó una sentencia condenatoria, pero en rigor, el fallo que así lo declara carece de fundamentos para sustentar lo resuelto.

En ya suficiente y constante jurisprudencia, la Corte Suprema ha rechazado los fallos de alzada que basen su resolución solamente en citas de la sentencia definitiva de primera instancia, o de transcripciones legales. En el caso que nos ocupa, la resolución consta de muy pocas líneas (que no sería de importancia si es que responde todos los agravios y plasma claramente las razones de la sentencia), pero en el mismo la gran mayoría de ellas son expresiones del

fallo del tribunal de méritos, y el resto una gran generalidad donde se expresa que todo el proceso y la sentencia de primera instancia está bien, dando por cerrado el debate.

En este juicio, el recurrente ha alegado ante la Cámara varias cuestiones pertinentes, debidamente señaladas, que los magistrados de apelación no han respondido en absoluto, ni siquiera tangencialmente, como ser, a modo de ejemplo, la prescripción de la acción, la carencia probatoria y la tipificación del hecho fáctico, es decir, varios ítems importantes que indefectiblemente debían recibir una respuesta por parte del órgano de alzada, ya que el apelante especial discutía el razonamiento de los jueces de primera instancia en la subsunción del hecho, y era deber de la Cámara controlar este razonamiento y devolver lo peticionado.

El órgano de alzada, si bien no estudia las cuestiones de hecho, tiene la obligación de analizar qué argumentos ha dado el órgano inferior para fundar sus resoluciones. Este punto debe ser realizado por el superior y sus propios razonamientos deben aparecer claramente.

En el caso específico, la Cámara de Apelación cae en este error, ya que en su resolución no se encuentra mucho del cumplimiento de esta obligación, y lo poco que aparece es simplemente una escueta enunciación sobre que todos los argumentos del fallo fueron bien analizados, sin decir la motivación de esta afirmación.

La Corte Suprema de Justicia, en su fallo 1.297 de fecha 13 de setiembre de 2004 ha dicho: “El Tribunal de Alzada está obligado a controlar el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento, y al expresar su conclusión sobre dicha verificación, es su deber expresar la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren su conclusión, lo cual no significa necesariamente incursión del Tribunal en el terreno de los hechos”.

Por tanto, corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado contra el Acuerdo y Sentencia N° 79 de fecha 19 de octubre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Segunda Sala de Capital, disponiendo el reenvío de estos autos a otra Cámara de Apelación a efectos de estudiar el recurso de apelación especial invocado.

Las costas se impondrán a la parte perdedora como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno los doctores BLANCO y BENÍTEZ RIERA manifiestan que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos. Con lo que se dio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

RESUELVE:

DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 79 de fecha 19 de Octubre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Segunda Sala de Capital.

HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 79 de fecha 19 de octubre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Segunda Sala de Capital, disponiendo el reenvío de estos autos a otra Cámara de Apelación a efectos de estudiar el recurso de apelación especial invocado.

IMPONER las costas a la perdidosa.

REMITIR estos autos al Juzgado penal competente a sus efectos.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Pucheta de Correa, Blanco y Benítez Riera.

Ante mí: Karinna Penoni, Secretaria Judicial II.

\* \* \*

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.073**

**Cuestión debatida:** *Se estudia la nulidad del fallo y su correspondiente reenvío.*

**RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.**

Nula la resolución en recurso, no es posible la aplicación del art. 406 del Cód. Proc. Civ., dado que la nulidad se pronuncia por la deficiente y errónea tramitación del proceso, con lo cual se impone el reenvío para realizar las etapas procesales omitidas. La nulidad advertida no es susceptible de ser subsanada en modo alguno, por relacionarse directamente con el derecho de la defensa de las partes y su actuación en juicio.

**COSTAS. Costas a la demandada.**

Las costas de la decisión se imponen a la parte demandada en los térmi-

nos del art. 408 del Cód. Proc. Civ., quien pretendió valerse de la nulidad al solicitar la confirmación de la sentencia en recurso.

**CSJ. Sala Civil. 30/11/12. “Inc. de colación de bienes en: H. B.DE G. s/ Sucesión”. (Ac. y Sent. N° 2.073).**

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: Pese a que el recurso de nulidad no fue fundamentado, el examen oficioso de la sentencia recurrida impone estudiar aspectos que hacen a las formalidades de la misma, conforme con lo dispuesto por el art. 404 del Cód. Proc. Civ., en concordancia con lo dispuesto por el art. 111 del mismo cuerpo legal.

En efecto, incluso soslayando la constatación de que la resolución en recurso viola la disposición del art. 157 inc. e) del Cód. Proc. Civ., en cuanto no se pronuncia expresamente sobre las pretensiones deducidas en juicio y estudiadas, decidiendo de modo incongruente al omitir pronunciamiento sobre el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de primera instancia, pese a que la cuestión planteada en el acuerdo (fs. 194/195); existen otros vicios de fuste que determinan irremediablemente la procedencia de la nulidad de la sentencia en recurso.

En efecto, con arreglo a los arts. 113 y 404 del Cód. Proc. Civ., el vicio que impide dictar válidamente sentencia definitiva permite la declaración de nulidad de oficio; lo que debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por el art. 15, inc. f), num. 3) del Cód. Proc. Civ. Dentro de dicho deber es esencial la tramitación del proceso con todas las partes del juicio, lo cual se materializa, enalzada, con la observancia del art. 424 del Cód. Proc. Civ., que impone la sustanciación del recurso con las partes del juicio.

En este sentido, la presente demanda fue promovida por A. A., F., Te. de J., D., T.M. I.n, F. e I. R. G. B., contra la Sra. E. G. B., según constancias de fs.

1/2 de autos. Dichos actores litigaron por derecho propio a lo largo de la instancia originaria, conforme se aprecia en las constancias de autos, siendo patrocinante el Abog. Alcides Ramón Frutos Estigarribia; con domicilio constituido en la casa de la calle M. N°..., de la ciudad de Coronel Oviedo (f. 1). Véanse, a título de ejemplo, las actuaciones de fs. 60, 93, 94. Posteriormente, dicho profesional se presenta como apoderado solamente de la Sra. I.R. G.B. (fs. 100/101), sin perjuicio de que esta continúe actuando por derecho propio y bajo patrocinio del Abg. Frutos Estigarribia (f. 121).

Así las cosas, la sentencia de primera instancia, S.D. N° 77, de fecha 30 de marzo de 2006 (fs. 157/161), es resultado de un proceso tramitado con audiencia de todos los interesados, y en tal sentido se pronuncia válidamente respecto del derecho de todos ellos, haciendo lugar a la demanda.

Empero, con posterioridad a ello, se notifica el abogado Frutos Estigarribia, apoderado de la Sra. I. R. G. B. y patrocinante de los restantes litigantes, de la sentencia recaída, favorable a sus intereses (f. 162 y vlto.). La demandada apela la sentencia recaída en la instancia originaria, funda los recursos; y allí se notifica del traslado de los mismos solamente al Abog. Rolando Gaona Osorio (f. 175), en domicilio procesal distinto del de primera instancia, quien hasta entonces no tenía intervención en dichos autos. La tomó inmediatamente después, invocando la representación exclusiva de la Sra. I. R. G. B., conforme con el poder de fs. 180/183 y la presentación de fs. 184/189; y así se resolvió el recurso de apelación, por S.D. N° 34, de fecha 20 de agosto de 2007 (fs. 194/197). De dicha sentencia se notificó, de nuevo, solamente al Abog. Rolando Gaona Osorio (fs. 200/201), y así quedó abierta la presente instancia.

Apenas hace falta recordar que el traslado de los recursos interpuestos, y la sentencia definitiva, se notifican por cédula (art. 133 inc. j) y k) del Cód. Proc. Civ.); con lo que se aprecia que la instancia recursiva, que en el caso se abrió controvirtiendo la decisión favorable a los actores, se sustanció sin audiencia de siete –nótese bien– de los ocho actores; a saber: A. A., F., T. de J., D., T., M. I. y F. G. B., quienes tenían domicilio procesal constituido, litigando por derecho propio y bajo patrocinio de abogado; sin que la apertura de la instancia recursiva les fuera comunicada en algún modo. Dichas partes se hallan en perfecto desconocimiento de toda la tramitación posterior al juicio, y sin haber tenido intervención en él al no haberse siquiera intentado su notificación. Por lo demás, esto fue hecho notar expresamente a f. 186, por el representante

convencional de la Sra. I. R. G. B., sin que el Tribunal lo haya advertido mínimamente ni mucho menos adoptado las medidas pertinentes para la correcta sustanciación del proceso.

De acuerdo a la normativa citada líneas arriba, esta situación implica la decisión del recurso de apelación en sentido contrario al interés de siete actores, que no han tenido participación en la sustanciación del recurso y fueron completamente omitidos en segunda instancia. Tal situación, conforme lo expusimos, implica necesariamente la nulidad de lo actuado en segunda instancia, por la lesión insanable del derecho de defensa en juicio y la errónea sustanciación del proceso ante el Tribunal de Apelación.

Por ello, siendo obviamente nula la resolución en recurso, no es posible la aplicación del art. 406 del Cód. Proc. Civ., dado que la nulidad se pronuncia por la deficiente y errónea tramitación del proceso, con lo cual se impone el reenvío para realizar las etapas procesales omitidas. La nulidad advertida no es susceptible de ser subsanada en modo alguno, por relacionarse directamente con el derecho de la defensa de las partes y su actuación en juicio.

En consecuencia, la sentencia en recurso debe ser anulada, con reenvío al Tribunal que sigue en orden de turno a los efectos de que se cumplan las etapas procesales omitidas. Las costas de la decisión se imponen a la parte demandada en los términos del art. 408 del Cód. Proc. Civ., quien pretendió valerse de la nulidad al solicitar la confirmación de la sentencia en recurso.

Vista la forma en la que fue resuelta la presente cuestión, ya no corresponde el tratamiento de las restantes. Así voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, dijo: El recurrente no ha fundado Recurso. Sin embargo, de la revisión de oficio se advierten vicio y falta que no pueden subsanarse a través del Recurso de Apelación.

En efecto, si bien en la parte deliberativa el Tribunal de Apelación estudió Recurso de Nulidad, en la dispositiva omitió resolverlo. Para ser –a plenitud– válida la Sentencia, debe contener –en forma expresa– en su parte dispositiva la decisión del Tribunal respecto al Recurso de Nulidad. Esa omisión impide a esta Última Instancia pronunciarse respecto a aquel, razón por la cual corresponde –inexorablemente– declarar la nulidad del Fallo, de conformidad al Artículo 404 del Código Ritual pues existe conculcación de disposiciones contenidas en los Artículos 15, inciso d) y 159, inciso e), de la normativa citada.

Aquí resulta pertinente como necesario puntualizar que no debe estimarse ni asumir que el cabal cumplimiento y estricta observancia de esa formalidad es simple capricho y obstáculo al procedimiento en perjuicio de las Partes, sino que “en realidad se trata de una preciosa garantía: *la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales, consagradas en los artículos 14, 16, 18 y 75 inc. 22 “in fine” de nuestra Constitución Nacional*” (Conf. Randich Montaldi, Gustavo E., “Vías impugnatorias de los actos procesales: incidente de inexistencia”, La Ley, año 6, N. 1, febrero de 2001, pág. 4).

A tenor de lo expuesto, corresponde en Derecho anular el Fallo impugnado, con imposición de Costas en el orden causado (Artículo 193 del Código Procesal Civil), pues la nulidad fue declarada de oficio.

En lo que concierne a la aplicación del Artículo 406 del Código Procesal Civil, en salvaguarda de los Derechos de defensa y el Principio de doble Instancia, cabe, reenviar la Causa al Tribunal que sigue en orden de Turno, a fin que dicte Sentencia válida, con estricta sujeción a la Ley y constancias del Juicio. Así voto.

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

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

RESUELVE:

ANULAR la Sentencia en Recurso.

REMITIR los autos al Tribunal que sigue en orden de Turno, a los efectos que se cumplan las etapas procesales omitidas, de acuerdo a lo indicado en el exordio.

COSTAS a la demandada.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Miguel Oscar Bajac Albertini, Raúl Torres Kirmser, César Antonio Garay.

Ante mí: Abog. Alejandrino Cuevas Cáceres, Secretario.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.074**

**Cuestión debatida:** *En el caso de autos, se pretende el resarcimiento de los supuestos daños y perjuicios sufridos a consecuencia de una colisión vehicular.*

### **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.**

Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, los cuales inexorablemente deben co-existir para tornar viable la pretensión son: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad o atribución legal de la responsabilidad.

La acción de indemnización debe ser rechazada y le asiste razón a la accionada respecto a que ha quedado demostrado que el hecho se debe a la culpa de un tercero por quien no deben responder, suficiente para considerar interrumpido totalmente el nexo adecuado de causalidad y liberarlos de responsabilidad frente a la víctima

### **RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia. CADUCIDAD DE INSTANCIA.**

No procede el estudio de cuestión, dada la manera en que fue resuelta la cuestión previa (caducidad de la instancia).

### **CSJ. Sala Civil. “M.A.L. C/ A.B.R.C. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”. 30 de noviembre de 2012. (Ac. y Sent. N° 2074).**

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

#### **CUESTIONES:**

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

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

CUESTION PREVIA. EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI. Dijo: Que, en el caso que nos ocupa corresponde determinar si el mes de enero, en el cual transcurre la feria judicial conforme lo establece el art. 362 del C.O.J., es o no computable a los efectos previstos en el art. 172 del C.P.C.

Que, en el sentido de que en reiteradas resoluciones he sostenido que en el art. 173 del C.P.C. no se halla comprendido el mes de enero en el cual se desarrolla la feria judicial, y por lo tanto, dicho mes no debe ser considerado al momento de analizarse si en un proceso litigioso ha o no operado la caducidad.

Que, dicha conclusión halla asidero en dos cuestiones fundamentales. Primeramente en que todas las disposiciones legales deben ser interpretadas siempre en función a los principios consagrados en la Constitución Nacional. Así las cosas, si se interpretase que el mes de enero se encuentra comprendido en el art. 173 del C.P.C., se estaría generando indefectiblemente una desigualdad entre alguna de las partes, quien contará en un momento dado con un plazo menor que el de su contraria para impulsar el proceso. Respecto de esta cuestión mucho se ha cuestionado que el plazo de seis (6) meses sería suficientemente extenso para que las partes puedan prever que deben realizar diligencias tendientes a evitar se opere la caducidad en la inteligencia de que el mes de enero es computable para ello, y que incluso su cómputo hace más fácil su determinación. Si bien dicha postura ha sido sostenida por respetados y reconocidos doctrinarios en materia procesal como Lino Enrique Palacio y Hugo Alsina, personalmente estimo que los principios constitucionales deben ser atendidos y aplicados con rigurosidad cuando frente a ellos solo se contraponen cuestiones de orden subjetivo o de mera practicidad, y en especial en este tipo de asunto, donde lo que se pretende es dar por concluido un proceso a través de una de las vías anormales del procedimiento. Así las cosas, el cómputo del mes de enero (feria judicial) como día inhábil insuficiente para no suspender el plazo de caducidad colisiona directamente con los principios de igualdad y debido proceso consagrados en la Constitución Nacional.

Que, por otro lado, los arts. 362 y 363 del C.O.J., que establece el mes de enero como feria judicial, y la delegación a la Corte Suprema de Justicia en cuanto al establecimiento de la forma en que debe ser atendido el despacho en relación a los asuntos urgentes durante la feria, respectivamente, facultan suficientemente a la más alta instancia jurisdiccional a establecer en atención a lo primeramente mencionado, que durante el transcurso de la feria judicial todos los plazos procesales quedan suspendidos, debiendo interpretarse que la Acordada 17/41 no se encuentra derogada tácitamente en virtud del art. 173 del C.P.C., que al hacer referencia a los días inhábiles que deben ser atendidos a los efectos del cómputo de la caducidad, solo deben ser considerados ellos los

días sábados, domingos, asuetos y feriados, por lo que el mes de enero debe ser considerado como un periodo especial en cuanto a la inhabilidad se refiere.

Que, vale asimismo hacer referencia al derecho comparado en el sentido de que en la Argentina durante mucho tiempo se suscitó este mismo inconveniente, al existir criterios dispares respecto del cómputo o no del mes de enero durante el cual transcurre la feria judicial a los efectos del cómputo de la caducidad, lo cual conspiraba contra la seguridad jurídica en una cuestión que podría ser sencillamente solucionada. Entonces, a objeto de evitar que Magistrados persistan en mantener un criterio que al momento de legislarse debió ser considerado erróneo, se dictó la Ley N° 22.434 que modificaba el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación, al agregarse la salvedad de que la feria judicial no sería considerada como día inhábil para el cómputo de la caducidad. Es bien sabido y ello puede verificarse, de que el art. 311 del C.P.C. de la Nación Argentina es el equivalente al art. 173 de nuestro Código de Procedimientos Civiles. Esta cuestión es traída a colación en razón de que dicho acto constituye un precedente importante respecto de la interpretación que debe ser dada al art. 173 del C.P.C. y que en la nación Argentina se ha optado por dictar una ley de tal forma a plasmar claramente cuál ha sido la intención del legislador desde un principio.

Analizadas las constancias de autos tenemos que entre la providencia de fecha 28 de Agosto del 2.009 (fs. 184) y el escrito presentado en fecha 18 de Marzo de 2.010 (fs. 185/190), no ha operado la caducidad en razón de no haber transcurrido el plazo previsto en el art. 172 del C.P.C.

A su turno el señor ministro José Raúl Torres Kirmser dijo: En estos autos, los recursos interpuestos por la Abog. Margarita León Ramírez, fueron concedidos por A.I. N° 507 del 19 de junio de 2008. Luego por providencia dictada el 28 de agosto de 2009 esta Corte dictó “autos” –f. 184–. Entre esta providencia y el siguiente acto de impulso procesal, el escrito de expresión de agravios presentado por la apelante a fs. 185 a 190 en fecha 18 de marzo de 2010, ha transcurrido el plazo establecido por el Art. 172 del Código Procesal Civil para que opere la caducidad de instancia.

Es opinión invariable de quien opina que el tiempo de la feria judicial debe ser incluido dentro del plazo de seis meses previsto por el Art. 172 del Código Procesal Civil. Ello es así porque el art. 173 del mismo cuerpo legal establece claramente que se contarán los días inhábiles, creando una excep-

ción a lo dispuesto en el Art. 109 del Código Procesal Civil. Lo dicho encuentra su fundamento, al decir de Palacio, en la razonable extensión de los plazos de caducidad y la mayor simplicidad para efectuar el cómputo. Igualmente se pronuncia Alsina al interpretar una norma similar del C.P.N. El mismo apoya su interpretación en el Código Civil, en donde se establece que en los plazos señalados por las leyes se comprenderán los días feriados, salvo disposición expresa en contrario. Dado que el Código Procesal Civil no contiene ningún precepto en contrario, se entiende que deben computarse todos los días de la feria judicial. La jurisprudencia nacional (TApel.Civ.Com., Asunción, sala 3, 1996/12/31, My otro c. Salinas. A.I. N° 518) y la extranjera (E D 74-371, E D 54-355, C C 1977-A543, 33-932-S; J A 1977-III-405 y otros) se han pronunciado en igual sentido. Por lo demás, al computarse también los días inhábiles, no encuentra aplicación el art. 147 del Cod. Proc. Civ., sino el art. 341 del Cód. Civ., en cuya virtud se computan los días domingos y feriados.

En cuanto a la suspensión por orden judicial, y más precisamente la referencia a diversas acordadas de suspensión de plazos; debe tenerse presente que dichas resoluciones administrativas no pueden entenderse como la “disposición judicial” prevista para el mismo efecto en el mismo Art. 173 del Código Procesal Civil. En efecto, este artículo se refiere a resoluciones judiciales en todas sus formas, tomadas en ejercicio de la función jurisdiccional y no a las acordadas o decretos que son resoluciones administrativas emanadas de las atribuciones ordenativas y administrativas otorgadas por la ley a la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, no provienen del *imperium* jurisdiccional sino del *ius edicendi* que es de carácter ordenativo. En consecuencia, el Art. 173 del Código Procesal Civil ha derogado taxativamente las acordadas 17/41 y 21/42. Por lo demás, la suspensión de plazos por acordada se relaciona, como es obvio y sabido, con la suspensión de plazos procesales, que en consecuencia se computan conforme con la normativa procesal. Hemos ya visto que el plazo de caducidad no encuadra en dicho supuesto, porque se cuentan también los días y horas inhábiles.

Por lo previamente expuesto, corresponde declarar la caducidad de esta instancia. Las costas deben ser impuestas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 200 del Código Procesal Civil.

A su turno, el señor ministro César Antonio Garay dijo: Previo estudio de la cuestión de fondo y a fin de disipar cualquier duda, es menester puntualizar

que de la revisión de actuaciones procesales se constata que entre la del 28 de Agosto del 2.009 (fs. 184) y la del 18 de Marzo del 2.010 (fs. 190), no operó la Caducidad de Instancia pues en ese tiempo no transcurrió en exceso el plazo establecido en el Artículo 172 del Código Procesal Civil. Y ello así pues es decisión calificada y mayoritaria de esta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia, que el mes de enero –Feria Judicial– no se incluye en el cómputo del plazo de Caducidad, de conformidad a los Artículos 362 y 363 del Código de Organización Judicial, en concordancia con las Acordadas Números 11/39; 14/40 y 17/41, dictadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia, a más de enhiestas motivaciones pergeñadas en Fallos anteriores que juzgaron el tema decidendum.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, dijo: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto, situación ésta que amerita declararlo desierto, no sin antes advertir que del estudio de oficio de la Sentencia recurrida no se desprenden vicios o defectos de índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 420 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A su turno el señor ministro José Raúl Torres Kirmser, manifiesta: No procede el estudio de la primera cuestión, dada la manera en que fue resuelta la cuestión previa. Es mi voto.

A su turno, el señor ministro César Antonio Garay manifiesta que se adhiere al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, prosiguió diciendo: La Abog. Margarita León de Arrúa, en representación de la señora M.A.L., promovió demanda de indemnización de daños y perjuicios por daños en accidente de tránsito contra la Sra. A.B.R.C., ocurrido en fecha 11 de setiembre del año 2003, siendo las 17:30 horas, aproximadamente, estacionando el vehículo de su propiedad en el estacionamiento del Supermercado Stock, ubicado en la Avda. M. L. c/ I. “Zona Norte”, e ingresó al Supermercado para realizar algunas compras. Ínterin se encontraba en estos menesteres, escuchó un fuerte impacto y posterior rotura de las paredes de vidrio del Supermercado, observando que su vehículo había “entrado” por el impacto del choque casi por entero al local comercial. Que luego de realizar las averiguaciones se interiorizó que el causante del accidente, que también ocasionó lesiones a un menor que se encontraba en las inmediaciones, había sido

el vehículo marca MAZDA, tipo 323, color blanco, Chapa N° A..., guiado por su propietaria la señora A.B.R.C., quien al parecer por una mala maniobra realizada fue chocada por detrás por otro vehículo que se dio a la fuga y que a raíz de esto el vehículo MAZDA perdió el control y fue a chocar contra el automóvil de mi mandante que se encontraba estacionado en el lugar ya referido, por lo que solicita la suma de Gs. 16.150.000, en concepto de reparación del perjuicio causado, más el 3% mensual en concepto de actualización de valores, al momento de dictarse sentencia, a todo lo cual deben sumarse intereses, costos y costas del juicio.

Al contestar la demanda la Sra. A.B.R.C., argumentó que en dicho acontecimiento no tuvo ninguna responsabilidad por las razones expuestas, hace un pequeño resumen: “Avda. Mcal. López c/ Insaurrealde, frente al Supermercado Stock, fui chocada por un vehículo que no detuvo la marcha y yo a su vez, por el impacto fui a chocar el vehículo de la demandante. La responsabilidad no es mía, como lo tiene decidido el Juzgado de Faltas de San Lorenzo (M.O.P.C. Policía Caminera), por lo tanto, mal puedo resarcir a alguien por el daño que no tuve la menor intención de cometer, además que en dicha ocasión he cumplido con las normas de tránsito, he viajado con la prudencia necesaria, respetando las señales correspondientes, pero por razones ajenas a mi voluntad fui embestida y lanzada contra el vehículo de la accionante”.

Previo trámites de rigor, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Ciudad de San Lorenzo, por S.D. N° 517 de fecha 24 de agosto de 2005, resolvió: 1. “HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve la señora M.A.L en contra de la señora A.B.R.C. y en consecuencia; 2. CONDENAR a la señora A.B.R.C., a pagar, a la actora la cantidad de guaraníes Ocho Millones ciento cincuenta mil (Gs. 8.150.000) con un intereses de 1,5%, en concepto de daños y perjuicios en un plazo de 10 días de quedar firme esta resolución. ANOTAR...”.

Ante los recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por la demandada Sra. A. B. R. C., el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 71 del 30 de mayo del 2008 resolvió: “Tener por Desistido, a los recurrentes del recurso de nulidad. Revocar la resolución recurrida, S.D. N° 517 de fecha 24 de agosto de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, y en consecuencia: Rechazar la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios, promo-

vida por la Sra. M.A.L. contra la Sra. A.B.R.C., conforme a los argumentos vertidos en el exordio de la presente resolución. IMPONER, las costas en ambas instancias, a la parte perdedora. ANOTAR...”.

La Actora interpuso recurso de Apelación en contra del Acuerdo y Sentencia supra mencionado y en su escrito de expresión de agravios, manifestó que: *“al momento de emitir su voto tantola Dra.Buonggerminicomo el Dr . Martínez Prieto han considerado que la señora A.B.R.C. no ha tenido la culpa en este accidente porque la misma fue a su vez colisionada por un tercer vehículo quien guiaba el señor P.O.G., y a raíz de este hecho la misma ya no tuvo el dominio de su vehículo, por lo que no pudo evitar el impacto posterior contra el vehículo estacionado de mi mandante. Que las reglas de tránsito son claras al respecto, la velocidad prudencial es considerada como lo señalamos con anterioridad aquella que permite tener el control de nuestro vehículo, incluyendo situaciones o contingencias que puedan suceder. Definitivamente esto no se dio en este caso, la señora A.B.R.C., perdió el control de su vehículo no porque ella quisiera precisamente, sino porque, una vez que fue colisionado por la parte trasera de su vehículo y con la velocidad que se circula por Mcal. López no pudo evitar colisionar contra el FIAT PREMIO de mi mandante”*. Por lo que solicitó se Revoque el Acuerdo y Sentencia N° 71 de fecha 30 de mayo de 2007, dictada por la Cámara de Apelaciones –Tercera Sala– por todos los fundamentos expuestos.

Por providencia de fecha 8 de abril del 2010, (fs. 191), se corrió traslado del memorial de agravios a la adversa (señora A.B.R.C.), a quien por A.I. N° 1.416 de fecha 20 de octubre de 2010, dictado por la Sala Civil, ha dispuesto dar por decaído el derecho que ha dejado de usar la parte demandada, para presentar su escrito de contestación del traslado.

En este estado resulta pertinente analizar las pretensiones y argumentaciones esbozadas por las partes, y al respecto la demandante solicitó la indemnización por el perjuicio sufrido a raíz del accidente de tránsito ocurrido en fecha 11 de setiembre del año 2003, por lo que cabe estudiar si se hallan reunidos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, los cuales inexorablemente deben co-existir para tornar viable la pretensión, y son: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad o atribución legal de la responsabilidad, que atribuye la responsabilidad del accidente a la culpa exclusiva de la demandada, quien supuestamente no tomo las debidas precauciones, de velocidad y atención, colisionado contra el vehículo de la demandada.

Que, corresponde consecuentemente partir de la base de la correcta o incorrecta concepción del Tribunal de que la fuente de la obligación, una vez allanado dicho camino podremos proceder a estudiar la aplicación o no de la teoría del riesgo creado y la responsabilidad objetiva para luego concluir asertivamente sobre la determinación de la imputación de daños y perjuicios reclamada en autos.

Que, a nuestro criterio las normas previstas en el Título VIII “De la Responsabilidad Civil” Capítulo III “De la Responsabilidad sin culpa”, son las que mejor se compadecen al tipo de situaciones como la planteada en autos. El Art. 1833 dispone: “*El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta*”.

Examinemos las probanzas rendidas en el presente juicio: En cuanto a la pruebas *testificales* diligenciadas en el presente juicios, vale recordar su inquestionable aunque limitada trascendencia, dado que deben ser *complementadas* –y conformar prueba compuesta– con otros elementos de convicción de carácter independiente y objetivo, que *corrobo*ren lo declarado por los testigos, rendidas en autos.

Que, en ese orden de cosas tenemos las preguntas del interrogatorio dirigido al señor A.A., (fs. 87), dice entre otras cosas: “*ALA CUARTA, DIJO: Que yo vi cuando la camioneta verde aparentemente chocó al Mazda. Yo estaba caminando por la calle Mcal. López, estaba a unos veinte metros del supermercado, venía de San Lorenzo hacia Fernando dela Morasobre la mano derecha. Por comentarios que hizo la gente, sé que la camioneta verde que venía por el carril derecho en un momento dado hizo una maniobra para cambiar al carril izquierdo para no chocar a un auto blanco estaba saliendo del estacionamiento que queda al lado del supermercado. Por esta maniobra, esta camioneta verde va a impactar por el Mazda que se encontraba circulando por Mcal. López en dirección este-oeste y a su vez, por este impacto, y por perder la dirección, por lo menos eso creo; este auto va a chocar por el Fiat rojo. A LA QUINTA, DIJO: Que no iba muy fuerte, una velocidad prudencial digamos. El accidente yo vi de atrás. Seguidamente la Abog. Margarita León de Arrúa, representante conven-*

*cional de la parte actora, realiza preguntas ampliatorias al testigo. PREGUNTADO: aclare el testigo si al observar el choque el mismo se encontraba detrás o delante de la intersección de las calles Mcal. López e Insaurrealde. DIJO: estaba detrás, antes de llegar a la calle Insaurrealde. Antes del Supermercado; yendo de San Lorenzo a Asunción. PREGUNTADO: Aclare el testigo la velocidad que llevaba el automóvil Mazda, dijo: que cuarenta o cincuenta más o menos, no se iba rápido. PREGUNTADO: Diga el testigo si sabe y le consta las condiciones del tiempo en el momento en que ocurrió la colisión, Dijo: Tiempo bueno, pista seca....”.*

Que, la testigo Señora C.A. (fs. 87), dijo entre otras cosas: “A LA CUARTA, DIJO: que el que le chocó a A.B.R.C. era una camioneta, la marca no lo sé; fue una camioneta verde y medio subió en el paseo central y escucho el impacto y arrastra y tira el vehículo blanco y sigue derecho, a toda velocidad se iba esa camioneta. Tiró el auto de la señora A.B.R.C. en la vereda del super y ahí fue que colisionó con un Fiat rojo. A LA QUINTA, DIJO: ella venía en el lado izquierdo y yo le calculo que tendría que ser a unos cuarenta km. por hora. A LA SEXTA, DIJO: la camioneta verde le choco al auto de la señora y medio le arrastró y por el impacto chocó con el otro vehículo. Todo fue muy rápido, en una fracción de segundo paso todo eso. *Seguidamente la Abog. Margarita León de Arrúa, representante convencional de la parte actora, realiza preguntas ampliatorias a la testigo. PREGUNTADA: diga la testigo si sabe y le consta si la camioneta verde venía circulando sobre la avda. Mcal. López sin ningún obstáculo antes de colisionar con el auto Mazda blanco, dijo: que él salió apresuradamente de su carril derecho y entonces agarró el paseo central, eso lo que yo vi. Preguntada: diga la testigo si sabe y le consta a qué hora exactamente ocurrió el accidente y si el tiempo estaba lluvioso, dijo: aproximadamente cerca de las seis de la tarde, la hora exacta no sé, y no estaba lloviendo ese día...”.*

Que, a fs. 95/96 de autos la Dirección de Meteorología e Hidrología remite el informe sobre las condiciones climáticas, referidas al día 11 de setiembre del año 2003, siendo las 17.30 horas aproximadamente, en la cual se detalla que la temperatura oscilaba entre 23 y 21,2°C; visibilidad (Km./h 20); viento con dirección sur, a una velocidad entre 13 y 15 Km/h, nublado y ningún fenómeno significativo.

En ese sentido con las pruebas producidas en autos, la actora no aportó ningún elemento conducente y concluyente, pues las declaraciones rendidas por las Sras. M. M. R. de R. (fs. 89), R.C. C. (fs. 90) y S.G. R. R. (fs. 91), no han

aportado mayores elementos al juicio, solo esbozan supuestos que crean presunciones, mas no acreditan fehacientemente la culpa, en contrapartida la demandada aportó elementos que nos llevan a concluir que el accidente ocurrió por culpa y responsabilidad del conductor de la camioneta color gris oscuro, chapa N° 551382, que circulaba por la misma avenida y dirección, carril derecho.

Todas estas consideraciones fundan mi parecer de que la demanda debe ser desestimada, ajustándose a derecho el fallo en alzada que, en consecuencia, corresponde confirmar en todas sus partes. La imposición de las costas debe recaer en la perdedora, de conformidad con el principio general estatuido en el Art. 192, en concordancia con lo Arts. 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A su turno el señor ministro José Raúl Torres Kirmser, manifiesta: No procede el estudio de la segunda cuestión, dada la manera en que fue resuelta la cuestión previa. Es mi voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor ministro César Antonio Garay, dijo: Corresponde examinar los agravios vertidos por el recurrente contra el Fallo impugnado.

Por dicha Resolución el Ad quem revocó Sentencia de Primera Instancia, rechazando demanda de indemnización de daños y perjuicios. Sustentó aquella en que la accionada no era responsable del hecho dañoso pues quedó probado que la causa del siniestro respondió a hecho de tercero, circunstancia que eximía a la demandada de responsabilidad, señalándose que tampoco existían pruebas que acreditaran infracciones –de ella– a disposiciones del Reglamento de Tránsito (fs. 170/9).

La recurrente, al expresar agravios, esgrimió que si bien el automóvil de la demandada fue chocado en su parte trasera por otro vehículo, esa circunstancia no la eximía de responsabilidad pues –según ella– no conducía a velocidad prudencial, extremo que hizo que perdiera el control del rodado y colisionara contra su auto que se encontraba estacionado. Aseveró que aún si así no fuese, por la responsabilidad objetiva o de riesgo creado, la accionante debía indemnizarla por daños (fs. 185/9). A fs. 196 se dio por decaído el Derecho que dejó de usar la accionada para contestar traslado y se llamó Autos para resolver.

El análisis ha de ser emprendido desde la perspectiva de los Principios de responsabilidad objetiva que nuestra legislación ha dejado sentados a través

del Artículo 1847 del Código Civil. En virtud a esa normativa, el dueño o guardián de la cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. El dueño o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.

Mosset Iturraspe ilustra respecto a la Teoría del riesgo creado: *“Basta que sea riesgosa para que si de ella se sigue un daño no se exonere el dueño o guardián con la prueba de la no culpa”* (“Estudios sobre Responsabilidad por daños”, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 1980, pág.57).

De los postulados de la Teoría del riesgo creado, quien introduce en el medio social en que se desenvuelve cosas que potencialmente configuran factores de peligro para los demás, debe responder, por ese solo hecho, de los daños que las mismas produzcan a terceros, a menos que demuestre que el daño, además de no haber provenido de ese riesgo, reconoce su causa en un hecho ajeno. Según esa Teoría, debe entenderse que el dueño o guardián de la cosa riesgosa responde, en principio, por los daños producidos por la actuación de ésta, mientras que, para evitar ese emplazamiento, debe justificar que la conducta de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, ha constituido la causa del perjuicio (Artículo 1847, última parte).

La causa ajena, conforme la literalidad del citado Artículo 1847, consiste en la culpa de la víctima, de un tercero por quien no se debe responder, el caso fortuito o la utilización de la cosa riesgosa o viciosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

En base a la normativa citada se establece la inversión de la carga de la prueba en el sentido que el dueño o guardián de cosa inanimada es quien debe probar que su parte no tuvo culpa en el hecho dañoso.

En efecto, *“para eximir al dueño o guardián de la responsabilidad objetiva –ya sea total o parcialmente–, por los daños causados por una cosa riesgosa, es menester que se demuestre fehaciente e indubitavelmente las circunstancias previstas en el art. 1113 del Código Civil para ello, y además los impedimentos de responsabilidad civil deben ser juzgados y apreciados con criterio restrictivo porque la norma, con finalidad social típica, ha creado factores de atribución de que sólo deben cesar en casos excepcionales”* (LLA 1.998,991). *“De conformi-*

*dad con los principios de la responsabilidad objetiva, el propietario o guardián de una cosa riesgosa que intervenga activamente en la producción de un determinado daño será responsable del mismo, pudiendo limitar total o parcialmente su responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Esa carga probatoria recae sobre su persona ya que el déficit probatorio en que incurra en ese cometido, solo a dicha parte puede perjudicar; debiendo por lo tanto el demandado —para liberarse totalmente de responsabilidad— demostrar no solo que la actora víctima o un tercero han concurrido con su propia conducta en la causación del daño, sino que ésta ha sido de tal índole que tornó inevitable el accidente, es decir que no se hubiera podido evitarlo aún obrando con el máximo de atención y prudencia” (RSD 175-2.000, RSD 141-08, publicado en la LLBA 2.009 (Marzo), 205).*

En el caso, el accidente de tránsito que corresponde examinar ocurrió el 11 de septiembre del 2001, a las 18:00, en la Avenida Mariscal López casi Insaurralde “Zona Norte”. Según parte policial emitido por la Policía Nacional, Comisaría 2ª Central, con sede en Fernando de la Mora. En ese día, hora y lugar se produjo quintuple choque de vehículos, entre el automóvil marca Mazda, tipo 323, color blanco, guiado por su propietaria A.B.R.C. y los automóviles estacionados: 1) automóvil marca Fiat, tipo premio, color rojo, propiedad de M. A. L. de A.; 2) camioneta Nissan, color celeste, propiedad de O. I. B. Z.; 3) camioneta ISUZU, tipo TROPPER, color blanco, propiedad de J. A. G.; 4) camioneta color gris oscuro, Chapa N° 51382, cuya titularidad corresponde al automóvil marca Chevrolet, tipo Chevette, modelo 1977, color verde, a nombre de P.O.G. Respecto a la mecánica del accidente, esa Dependencia informó que el automóvil guiado por la accionada “*circulaba por la Avda. Mcal. López, carril izquierdo, dirección Oeste y antes de llegar a la calle Insaurralde, fue chocado en su parte trasera lado izquierdo por la camioneta color gris que a su vez circulaba por la misma avenida y dirección, carril derecho, cuyo conductor pasó imprevisiblemente al otro carril a raíz de que un vehículo desconocido salía del estacionamiento del citado supermercado, y por la velocidad que traía fue a chocar contra la parte trasera del automóvil Mazda, a raíz del impacto éste último perdió el control de su rodado yendo a chocar contra la parte trasera del automóvil Fiat, estacionado en la vereda norte de la citada Avda., que a su vez fue lanzado contra la pared de cristal del supermercado, produciéndose la rotura del mismo, lanzando pedazos de cristal que impactó contra la humanidad*

*del menor G. S. V., paraguayo, menor, 9 años de edad, hijo de B. G. V... quien se encontraba en el lugar, para luego el automóvil Fiat fue a chocar nuevamente por la parte trasera, lado derecho de la camioneta NISSAN, que a su vez fue lanzado contra la camioneta Isuzu, ambos estacionados en la vereda Norte, utilizado como estacionamiento del mencionado supermercado...* (fs. 32/3).

La accionante reconoció expresamente las circunstancias apuntadas en el Parte Policial. Sin embargo, aseveró que la accionada conducía el automóvil con velocidad no prudencial, señalando que por esa razón no pudo controlar el vehículo, colisionando con el suyo que estaba estacionado. Entonces, la única cuestión a dilucidar es si la demandada acreditó –suficiente e inequívocamente– que llevaba velocidad prudencial.

Entre las pruebas testimoniales practicadas reviste mayor importancia la rendida por A.A. D., quien confirmó la versión dada en el parte policial, agregando que la accionada “*no iba fuerte, una velocidad prudencial digamos*” (pregunta quinta); “*que cuarenta o cincuenta más o menos, no se iba muy rápido*” (repregunta), aseverando que había “*tiempo bueno, pista seca...*” (fs. 87). C.A., se ratificó de las afirmaciones realizadas ante la Policía Caminera, sosteniendo que: “*ella venía del lado izquierdo y yo le calculo que tendría que ser unos cuarenta km. Por hora...*” (pregunta quinta); “*no estaba lloviendo ese día*” (fs. 88). Esas declaraciones, repetimos, son fundamentales para establecer la velocidad con que conducía la demandada, ya que fueron prestadas por testigos que estuvieron en el momento de la colisión, máxime que no fueron impugnadas por la recurrente. Los otros testimonios (fs. 89/91) carecen de relevancia y eficacia jurídicas, pues las personas que los rindieron estuvieron después de la producción del siniestro.

El informe meteorológico expedido por la Dirección de Meteorología e Hidrología de la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil, establece que en el día del accidente el tiempo estaba nublado (fs. 96), es decir, corrobora las declaraciones testificales.

Ante la fehacencia de esas probanzas, no existe ningún elemento probatorio que informe la supuesta infracción de la accionada, circunstancia que nos lleva a la convicción jurídica que el accidente se produjo por causa ajena, esto es, por la maniobra realizada por P.O.G., con el automóvil Chevette, modelo 1977, descripta en el parte policial, que no fue objetado por la recurrente, todo según constancias del Juicio.

La rigurosidad con que debe examinarse la responsabilidad objetiva no basta para revocar el Fallo impugnado, si no se atacan con éxito las motivaciones por las cuales el Ad quem ha apreciado evidenciada la concurrencia de una causal de exoneración, basada en el hecho exclusivo de un tercero.

En el sub exámine, ha quedado demostrado que la conducta del tercero – en el caso P.O.G.– ha sido la causa excluyente de la producción del hecho; y que tal actitud negligente e imprudente ha sido de tal magnitud que no pudo la accionada evitar el embestimiento, aún obrando con prudencia.

A tenor de lo expuesto, la acción de indemnización debe ser rechazada y le asiste razón a la accionada respecto a que ha quedado demostrado que el hecho se debe a la culpa de un tercero por quien no deben responder, suficiente para considerar interrumpido totalmente el nexo adecuado de causalidad y liberarlos de responsabilidad frente a la víctima.

Por las motivaciones explicitadas, corresponde en Derecho confirmar el Fallo impugnado, con imposición de Costas a la perdidosa, según lo dispuesto en los Artículos 102 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la caducidad de instancia.

DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 71, del 30 de mayo del 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital.

IMPONER Costas a la perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Bajac, Torres y Garay.

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

\* \* \*

## **ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.079**

### ***Cuestión debatida: Nulidad por simulación y reivindicación.***

*La demanda de nulidad por simulación se basa en que los Sres. padres del menor de edad P.A.D.C., transfirieron simuladamente un inmueble a favor de M.C. Existe contradocumento donde se deja sentada dicha simulación, indicándose que la Finca transferida por el acto de referencia es de propiedad exclusiva del menor P.A.D.C., a quien el comprador simulado debía transferir el inmueble a la primera intimación que realizaren los padres. Ahora bien, dicho comprador, M.C., vendió la mencionada finca a un tercero.*

### **SIMULACIÓN. Simulación lícita.**

Es posible declarar que la simulación existe y tiene el carácter de lícita respecto del acto instrumentado. Por supuesto, hasta aquí llega el pronunciamiento, no existiendo virtualidad para anular la primera simulación, lícita, y la segunda simulación, protegida de todo ataque por imperio del art. 308 del Cód. Civ., con lo que la demanda de nulidad impetrada debe ser rechazada. El apartado tercero de la sentencia en recurso, en consecuencia, no se ajusta a derecho y debe ser revocado.

### **REIVINDICACIÓN.**

Queda, así, por decidir la reivindicación. El actor en la reivindicación ostenta la calidad de propietario, oponible a terceros en mérito a la inscripción registral acreditada (art. 1968 del Cód. Civ.), por lo que acredita su calidad de propietario de la cosa en los términos del art. 2407 del Cód. Civ. La posesión por parte del demandado del inmueble en cuestión no es controvertida, antes bien, el actor reconoce sin inconvenientes, en la demanda por nulidad de título, su posesión, con lo que también se advierte la existencia de legitimación pasiva en los términos del art. 2408 del mismo cuerpo legal. Están dados los requisitos y presupuestos indispensables para la reivindicación, hallándose claramente individualizado el inmueble urbano objeto del petitorio. Se advierte que la reivindicación es plenamente procedente, por lo que debe ser admitida.

**CSJ. Sala Civil. 4/12/12. “P. A. Y R. DE A. C/M.C.Y G.H.B.Z. s/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO” (Ac. y Sent. N° 2.079).**

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, RAÚL TORRES KIRMSER, Y CÉSAR ANTONIO GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, DIJO: La parte recurrente, abogada Elvira Quinteros de Melgarejo, en representación del señor G.H.B.Z., manifiesta que desiste del recurso de nulidad. No obstante, en el fallo recurrido no se constatan vicios o defectos que obligatoriamente hagan viable declarar la nulidad de oficio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Por lo cual debe tenerse por desistido el recurso interpuesto. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS RAÚL TORRES KIRMSER Y CÉSAR ANTONIO GARAY: ADHIEREN AL VOTO DEL PREOPINANTE.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Que el presente recurso fue interpuesto por la abogada Elvira Quinteros de Melgarejo, bajo patrocinio del abogado Pablo Andrés Melgarejo, contra los numerales 3º y 4º del Acuerdo y Sentencia pronunciado por el Tribunal en lo Civil y Comercial, Primera Sala, por el que se resolviera: "...3. REVOCAR el apartado segundo de la misma, haciendo lugar a la demanda de nulidad de las Escritura Públicas N° 83 de fecha 9 Septiembre de 1.993 pasada ante la Escribana Pública C.G.R. y la Escritura N° 155 de fecha 21 de Septiembre de 1.995 pasada ante la Escribana Pública G.S. de E., que instrumentan las transferencias realizadas en relación a la Finca N° 12.371 del Distrito de Santísima Trinidad, debiendo tomarse nota de la presente resolución ante la Dirección de los Registros Públicos, librándose el oficio pertinente. 4. REVOCAR, el apartado tercero de la resolución, desestimando la demanda de reivindicación promovida por el Sr. G.H.B.Z. contra los Sres. P. A. y R. DE A, sobre el mismo inmueble"(sic).

Que, el recurso de apelación y nulidad fue concedido por A.I. N° 896 de fecha 30 de diciembre del 2010, conforme las disposiciones del Artículo 403 del

Código Procesal Civil en concordancia con los Arts. 28 2 a) del Código de Organización Judicial y 14 inc. a) de la Ley 609/95 que autoriza el recurso de apelación contra la resolución del Tribunal de Apelación que revoque o modifique la de primera instancia.

Con los recursos así concedidos, la recurrente fundamenta la apelación en que la escritura pública N° 83 de fecha 9 de septiembre de 1993, pasada por ante la escribana pública Carmen Graciela Ricciardi, por la cual los Sres. P. A. y R. DE A transfirieron la Finca N° 12.731 del Distrito de Santísima Trinidad al señor M.C., fue realizada con todos los requisitos para el efecto de acuerdo a las normativas legales, por lo que fue debidamente inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos, según constancia obrante al dorso de la misma, según luce a fs. 09 de autos, en donde conforme a los términos de la misma, las partes concurren libre, consciente, meditada y voluntariamente a vender y transferir el mencionado inmueble, en el cual y en ninguna de sus cláusulas se puede presumir que se trataba de una venta simulada, por lo que su mandante al adquirirlo posteriormente por escritura pública N° 155 de fecha 21 de septiembre de 1995, pasada por ante la escribana autorizante, pudo registrarla teniendo en cuenta la libre disponibilidad del mismo de acuerdo a los informes previos recabados por la escribana autorizante, requisito este según menciona, indispensable para realizar las transacciones y su posterior registro, desconociendo su mandante de la existencia del contradocumento sino hasta la promoción de la presente demanda, denotando su buena fe al momento de la adquisición del citado bien individualizado como Finca N° 12.371 del Distrito de Santísima Trinidad, por lo cual los criterios que fueran mayoría en la citada resolución recurrida, no reúnen la claridad ni solidez necesaria para el fallo cuestionado.

Con relación a la demanda reivindicatoria instaurada por su parte, respecto del inmueble individualizado como Finca N° 12.371 del Distrito de Santísima Trinidad, proceso sobre los cuales fueran acumulados estos autos, conforme al A.I. N° 1.395 de fecha 5 de septiembre de 1997, fs. 90 y vlto. de los mismos, sigue diciendo la apelante que su parte se agravia del punto cuarto de la resolución recurrida opinando que los magistrados de segunda instancia no tomaron en consideración los claros argumentos expresados por el magistrado de primera instancia, teniendo en cuenta que su mandante había adquirido el inmueble mencionado del señor M.C., a título oneroso y de buena fe, quien a su

vez lo adquiriera de los esposos P. A. y R. DE A, dejándolos residir en el inmueble a los actores por razones humanitarias, quienes se niegan a abandonarlo no obstante los reiterados reclamos en ese sentido, aludiendo también, que el contradocumento del que recién tomara conocimiento con la demanda instaurada en nada afecta su derecho. Menciona que su parte arrió las pruebas pertinentes consistentes en el título de propiedad del inmueble objeto del presente juicio, quedando acreditada la posesión del demandado tanto con los términos de la demanda de nulidad presentada por los demandados, como con el acta de constatación del actuario a fs. 25 de estos autos, quedando con ello determinado su derecho, consagrado en el Código Civil, el que lo habilita para solicitar la reivindicación del señalado inmueble, concluyendo con el pedido de que sea revocada la resolución del Ad-quem, haciendo lugar a su pretensión e imponiéndose las cosas, a la perdidosa.

Al contestar el traslado de la expresión de agravios, la actora lo contesta solicitando el rechazo de la apelación planteada y requiere sea confirmado el acuerdo y sentencia objeto del recurso, con costas, acotando que el demandado en estos autos y demandante en la acción reivindicatoria pretende restar mérito al contradocumento agregado a fs. 10, no pudiendo alegar ser tercero de buena fé, en razón de haber adquirido el inmueble a muy bajo precio, en una zona residencial de la capital, con ocupantes, ocultando su intención de comprarlo al momento de presentarse en el inmueble ante los Sres. P. A. y R. DE A., situación ante la cual la preopinante al analizarlo mostró interés en impartir justicia, remitiéndose a las pruebas presentadas por ambas partes, en donde según su criterio existieron indicios que si bien no fueron objeto de una prueba directa, tampoco fueron negadas por la parte demandada, solicitando finalmente sea confirmado el fallo apelado, con costas.

En cuanto al primer punto del acuerdo y sentencia, cuestionado por la apelante, vemos que la demanda de nulidad por simulación, se refiere a dos actos jurídicos conformados: El primero de ellos efectuado por Escritura Pública N° 83 de fecha 9 de septiembre de 1993, autorizada por la escribana pública C.G.R., referente a la transferencia de la Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad, con Cta. Cte. Ctral. N° 15.0490.17, que otorgara los Sres. P. A. y R. DE A a favor del Sr. M.C., y el segundo por Escritura Pública N° 155 de fecha 21 de septiembre de 1995, pasada por ante la escribana pública G.S. de E. por la cual el señor M.C., transfiere el inmueble mencionado al señor G.H.B.Z.

Acerca de la simulación de los actos, previsto en la normativa de nuestro derecho positivo de la materia, nos ilustra el jurista italiano Ferrara, cuando menciona que “la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”.

Concibiendo que toda simulación es todo acto de voluntad por la cual se realiza un acto jurídico aparente que no corresponde a ningún convenio real, o en disfrazar total o parcialmente un acto verdadero bajo la apariencia de otro, que puede ser fraudulento, o lícito cuando no perjudica a nadie ni tiene el propósito de transgredir la Ley, corresponde analizar el primero de los actos cuya nulidad se plantea, correspondiendo este a la Escritura Pública N° 83 ya mencionada, con cuya instrumental, al momento de plantearse la demanda fuera acompañada un contradocumento por el cual las mismas partes intervinientes en el primer acto jurídico mencionado, señalan cual es la intención verdadera del acto celebrado, es decir, donde el señor M.C. reconoce que la propiedad supuestamente adquirida es de propiedad exclusiva del menor P.A.D.C., quien es representado por sus padres P. A. y R. DE A, y cuya transferencia lo realizarían una vez que el citado menor llegue a la mayoría de edad.

Este acto en si no resulta ilícito, al no perjudicar a nadie, ni transgredir normas legales, y por lo tanto resulta válido al no ser reprobado por la Ley, lo cual no impide que sea dejado sin efecto, inter partes, o a instancia de la jurisdicción legal competente, en los casos que fuera necesario enervarla, esto último en el supuesto de que una de ellas quiera desconocerlo ulteriormente, perjudicando los derechos del verdadero propietario del bien.

La norma procesal de la materia, en el Artículo 235 establece que al contestar la demanda deberá el demandado reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen, y en su caso el silencio o negativa meramente general, podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refiere, y los documentos, se los tendrá por reconocidos o recibidos según el caso.

Resulta así que el señor M.C. no se presentó a contestar la demanda y por lo tanto no desconoció, ni los hechos de la misma ni la autenticidad del contradocumento, correspondiendo así por imperio de la norma mencionada, tenerlo

por reconocidos y por válidos a los efectos de la pretensión demandada. Así mismo cabe mencionar que al no haber sido impugnado en la oportunidad procesal por la parte a quien se atribuye, deben ser tenidos por auténticos, (Art. 307, C.P.C.). En la inteligencia de esta última norma procesal que reafirma la regla consagrada en la anterior mencionada, surge como lógica consecuencia que al no haberse impugnado el contradocumento aludido y cobrado valides como corolario, resulta óbice el llamado a reconocimiento de su firma o contenido, reservado para los casos en los que sean desconocidos o impugnados, por la parte a quien se le atribuyere.

Vemos que cobrando validez el contradocumento mencionado, resulta que quedó plenamente comprobado el acto simulado, materializado en la primera de las Escrituras Públicas (Nº 83/93), mencionadas en la demanda, acto este aparente, es decir, no real en cuanto a la verdadera voluntad de sus otorgantes, el cual puede ser dejado sin efecto por sus autores, siempre y cuando no contenga alguna prohibición legal o perjudique derechos de terceros conforme así se señalara en párrafos precedentes (Art. 307 C.C.).

Dado que el inmueble fue objeto de una segunda venta, y que dejando sin efecto el primer acto de disposición del inmueble en cuestión, se adviertan afectados los derechos del tercero adquirente por la segunda transferencia, podría verse frustrada la pretensión de los accionantes, fundado en el principio de buena fe, que protege el caso del tercero adquirente del último contrato o negocio jurídico llevado a cabo conforme a la Escritura Pública Nº 155 de fecha 21 de septiembre de 1995. Este principio ese encuentra consagrado en la norma.

En este punto, recordemos que en la interpretación de los contratos, se deberá determinar la intención común de las partes, y no limitarse al sentido literal de las palabras, y para apreciar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del mismo, ello con motivo de que la regla general prevista establece que las convenciones hechas en ellos deben, además de ajustarse a la ley, ser cumplidas de buena fe, obligando a lo expresado y consecuencias virtualmente comprendidas (Arts. 708 y 715 C.C.).

La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En

general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media en una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse, por lo cual el análisis y comprobación lo demanda la mala fe, aludida por los accionantes en el actuar del señor G.H.B.Z.

En el caso de autos, la demandante señala que hubo mala fe en el tercero adquirente del inmueble, señor G.H.B.Z., en la celebración del acto jurídico de compra venta conforme a la escritura pública señalada en el párrafo precedente, diciendo, según los términos del escrito de demanda, que el citado estaba en conocimiento de que el inmueble les pertenecía, indicando que ello se demuestra por el hecho de que al haberse constituido en la finca con anterioridad a la compra, fueron presentados por el Sr. M.C. como amigos del mismo, y que requerido posteriormente por los Sres. P. A. y R. de A. si venía de la Municipalidad, este no respondió y se retiró del lugar sin mediar palabra.

Al respecto, en la contestación de la demanda el accionado y codemandado Sr. G.H.B.Z. negó categóricamente todos los hechos mencionados, haciendo alusión más bien a los aspectos instrumentales del acto de compra venta, y las diligencias realizadas por su parte en la adquisición del inmueble, sin embargo, esta conducta contradice, a las pruebas testificales arrimadas por su parte, conforme luce de los términos del interrogatorio que presentara a fs. 58, específicamente en los numerales 7 y 8, a los cuales, los testigos en forma conteste y uniforme relatan, que el Sr. G.H.B.Z. sí se constituyó en el inmueble objeto de la litis antes que lo adquiriera, acompañado del Sr. M.C. (fs. 62 y 64). Esta circunstancia fue negada por su parte al momento de contestar la demanda asumiendo así una dicha conducta contradictoria, y como tal dicha circunstancia se erige en un indicio relevante de la mala fe en el actuar de la demandada. Dada la presunción que arroja con sus manifestaciones discordantes en el proceso, surge más bien la presunción de certeza de los hechos relatados por los demandantes en la acción de nulidad, acerca de la intención o conducta del adquirente con respecto al acto celebrado, y en tal caso surge esto como un indicio serio de mala fe de su parte, el que se suma a otra conducta, cual es la deducción de recursos o excepciones carentes de argumentos válidos que llevaron a dilatar este proceso en demasía. Otra situación prevista en la norma es

aquella basada en la negativa meramente general asumida por su parte, al tiempo de la contestación de la presente acción, conducta esta que también conlleva a tenerlo como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos de la demanda, así como tener como reconocidos los documentos que se presentaren (Art. 235, inc. a).

Es opinión constante de la doctrina que el poseedor de mala fe, “es aquel a quien consta que le falta título para poseer o que el que tiene es vicioso o insuficiente”, por el hecho de que se califica de buena fe “a aquel cuyos vicios ignora”. Es decir, se refiere a un estado subjetivo relevante, para la determinación de la buena o mala fe que se vincula al conocimiento o ignorancia de cierta circunstancia.

La avanzada legislación de los derechos, permite coleccionar los aspectos comunes para juzgar que la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevantes para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización anti funcional, el ordenamiento jurídico reprueba.

Cuando se califica el conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo con lo observado en el contenido de los artículos reproducidos, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente o determinante, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y los rasgos tipificantes de cada acto.

Previo análisis de las manifestaciones vertidas por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y la derivación del examen de las pruebas pertinentes que llevaron a dilucidar el caso sometido a discusión llevan a la conclusión de que corresponde confirmar el punto 3º del fallo apelado.

Resuelta la pretensión de nulidad de acto jurídico por simulación en la forma expresada precedentemente, corresponde en consecuencia en cuanto a la pretensión reivindicatoria deducida por el Señor G.H.B.Z. contra P. A. y R. DE A, con referencia al mismo inmueble objeto de la nulidad, sea desestimada, y por lo tanto sea confirmado también el punto 4 de la resolución recurrida.

En cuanto a las costas corresponde que las mismas sean concedidas a la perdidosa, conforme a lo dispuesto en el art 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO RAÚL TORRES KIRMSER, dijo:  
A los efectos de delimitar la materia en estudio, resulta útil un relato de las

circunstancias fácticas que motivan la promoción del presente juicio, tal como resultan de los escritos de demanda, glosados a fs. 17/22, en cuanto a la demanda de nulidad por simulación, y a fs. 19/21 del expediente separado de reivindicación. Conviene dejar sentado, como premisa necesaria, que por A.I. N° 1395, de fecha 5 de septiembre de 1997 (f. 90 y vlto.) del expediente separado de reivindicación, se dispuso la acumulación de los expedientes caratulados “G.H.B.Z. C/P. A. y otra S/ Reivindicación” y “P. A. y R. DE A C/ M.C. Y G.H.B.Z. S/ nulidad de acto jurídico”. Tales expedientes son los que se encuentran aquí por cuerda, y en cuya virtud se decidió en sentencia única la demanda de nulidad y la reivindicación.

Aclarado esto, es posible pasar al estudio de los hechos alegados. La demanda de nulidad por simulación se basa en que los Sres. P. A. y R. DE A., padres del menor de edad P.A.D.C., transfirieron simuladamente la Finca N° 12.371, del Distrito de Santísima Trinidad, a favor del Sr. M.C., por Escritura Pública N° 83, de fecha 9 de septiembre de 1993, pasada por ante la escribana C.G.R.. (f. 7/9). Existe contradocumento, glosado a f. 10, donde se deja sentada dicha simulación, indicándose que la Finca transferida por el acto de referencia es de propiedad exclusiva del menor P.A.D.C., a quien el comprador simulado debía transferir el inmueble a la primera intimación que realizaren los padres.

Ahora bien, dicho comprador, M.C., vendió dicha finca, por Escritura Pública N° 155, de fecha 21 de septiembre de 1995, pasada por ante la escribana pública G.S. de G. (fs. 15/17 del expediente de reivindicación) al Sr. G.H.B.Z. En base a esta reseña de hechos, el actor ataca de simulación los dos actos, arguyendo la mala fe del tercer comprador, G.H.B.Z., pretendiendo la nulidad de las transferencias en cuestión e invocando a tal respecto jurisprudencia del año 1981, dictada bajo el Código Civil derogado (f. 21). En estos términos, se pretende, por parte de los demandantes, la nulidad de ambas transferencias, por cuanto fueron simuladas, y la inscripción de la propiedad a nombre de los actores (f. 22). En el expediente que corre por cuerda, el tercer comprador, Sr. G.H.B.Z., reivindica el inmueble en cuestión amparado en el título que surge de la segunda de las compraventas efectuadas y reseñadas líneas arriba (fs. 19/21).

En estas condiciones, así delineados los hechos que fundan la pretensión en los términos del art. 215 inc. d) del Cód. Proc. Civ., concordante con el art.

159 inc. b) del Cód. Proc. Civ., resulta sumamente sencillo el análisis de la cuestión planteada, y permite la utilización de los arts. 159 inc. c) y 269 in fine del Cód. Proc. Civ., en cuanto autorizan a analizar únicamente la argumentación y pruebas pertinentes.

En efecto, aquí se tiene un primer acto, efectivamente simulado, por cuanto así consta en el contradocumento de f. 10, donde las partes de dicha compraventa indicaron la simulación hecha, en este caso, en beneficio de un tercero, del menor P.A.D.C. Dicho acto, en sí y por sí considerado, es perfectamente lícito, en los términos del art. 305 del Cód. Civ. Obviamente, tal aseveración queda demostrada por contradocumento en los términos del art. 307 del Cód. Civ., dado que la documental de f. 10 explica y restringe los alcances del acto lícito precedente, favoreciendo al menor P.A.D.C. Nótese bien que no se dispone un bien de él sino que se simula una venta en su beneficio, previéndose la segunda transferencia a su favor cuando este sea mayor de edad, con lo que hay interposición ficticia de persona en la intermediación del Sr. M.C., quien no es en realidad el adquirente sino que lo es el menor P.A.D.C., a cuyo favor se desea hacer la transferencia con la intervención puramente ficticia del comprador simulado.

Esto está plenamente permitido y probado en autos, desde que el demandado M.C., parte de dicho acto simulado y otorgante del contradocumento de f. 10, no contestó la demanda, dándosele por decaído el derecho a hacerlo según providencia de fecha 28 de junio de 1996 (f. 45). Se aplica así el art. 235 inc. a) del Cód. Proc. Civ., en cuanto dispone que el silencio del demandado tiene el efecto de tener por reconocidos los documentos que se presenten con la demanda.

Ahora bien, así definida la existencia de simulación lícita demostrada mediante documento, en cuanto al primer acto –lo cual no tiene como consecuencia necesaria la nulidad, según se verá más adelante–; resta por decidir sobre el segundo acto, aquel por el cual el comprador simulado vuelve a alienar el bien a favor de un tercero, el Sr. G.H.B.Z. Respecto de este segundo acto, también se predica la nulidad en virtud de simulación.

Empero, aquí no hay ninguna constancia ni demostración de que dicho segundo acto, en sí mismo, sea simulado. En puridad, el actor no reclama tal cosa, sino que se ampara en la simulación del primer acto para pretender invalidar el segundo. Esto encuentra un requisito clara y concretamente estableci-

do en el art. 308 del Cód. Civ.: “Los terceros perjudicados por un acto simulado tienen acción para demandar su anulación, pero los efectos de la sentencia no afectan la validez de los actos de administración o enajenación celebrados a título oneroso con otras personas de buena fe. Esta disposición se aplicará igualmente a la anulación declarada judicialmente o efectuada por acuerdo de las partes que otorgaron el acto simulado”.

Esto es, es inequívoca la necesidad de demostrar la mala fe del tercer adquirente a título oneroso, el Sr. G.H.B.Z., titular de la Finca en litigio de acuerdo al título glosado a fs. 14/17 de los autos reivindicatorios. Tal demostración no ha sido mínimamente alcanzada. No se ha probado lo postulado por el actor en su demanda en cuanto al precio vil de dicha segunda compraventa (f. 20), ni mucho menos la mala fe o tan siquiera el conocimiento de la simulación postulado por parte del tercer adquirente. A tal respecto, conforme consta en el informe de la actuario obrante a f. 97 vlto., se han producido solamente pruebas instrumentales y de informes, de las cuales no surge, de modo alguno, la mala fe del tercer comprador. En el expediente de reivindicación, por otro lado, las testificales rendidas no se vinculan en lo absoluto con dicho aspecto, y apenas algunas indicaron genéricamente que los actores se vieron molestados por personas extrañas (fs. 64, 66 y 67); sin que esto sea suficiente, siquiera en modo mínimo, a los efectos de acreditar la mala fe del tercer adquirente y, en consecuencia, la posibilidad de anular el acto celebrado por él, conforme lo indica el art. 308 del Cód. Civ.

Esto indica la corrección del razonamiento efectuado por el Conjuez disidente en la sentencia apelada. La simulación acreditada en cuanto al primer acto, no es ilícita, por lo que no hay mérito para el pronunciamiento de la nulidad; y en cuanto al segundo acto el mismo está a salvo, por imperio del art. 308 del Cód. Civ., del ataque del perjudicado por el acto de enajenación hecho por el titular aparente. La demanda de nulidad, así, debe ser rechazada.

Esto no impide, en cuanto al primer acto, la posibilidad de declarar la simulación, dado que es sabido que todo pronunciamiento debe declarar el derecho de las partes en los términos del art. 159 inc. e) del Cód. Proc. Civ. Demandada la simulación de dos actos, nada impide declarar su existencia, con carácter de lícita, en cuanto al primero de los actos, de conformidad con el art. 307 del Cód. Civ., ya que en definitiva la declaración del derecho es parte integrante de todo pronunciamiento judicial, y aquí no pueden caber dudas de la

existencia de simulación en cuanto al primer acto, por lo que tal declaración es procedente, conforme con la norma procesal citada. Naturalmente, tal es el objetivo primario de la demanda por simulación (en tal sentido, eximiendo de mayores citas, la documentada exposición, con abundante mención de jurisprudencia, de Zannoni, Eduardo A. (“Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”. Buenos Aires, Astrea, 1ª ed., 2000, p. 377), que en el presente caso agota la virtualidad del pronunciamiento a recaer, ya que no hay nulidad en cuanto a la simulación de la primera de las compraventas mencionadas.

Por lo demás, esta interpretación ha sido ya sostenida por esta Sala Civil, in re: “I.C. DE M. Y OTRO c/ A. R. C. C. S/ nulidad de instrumento público y otro”, por S.D. N° 580, de fecha 28 de julio de 2011, donde se ha dicho que, denegado el pronunciamiento de mayor alcance derivado de la nulidad, es perfectamente posible una decisión declarativa que venga a esclarecer el derecho de las partes en cuanto a las invocaciones realizadas en juicio. En este caso, reclamada la simulación, es posible declarar que la misma existe y tiene el carácter de lícita respecto del acto instrumentado por Escritura Pública N° 83, de fecha 9 de septiembre de 1993, pasada por ante la Escribana Carmen Graciela Ricciardi C., lo que desde luego habrá de resolverse.

Por supuesto, hasta aquí llega el pronunciamiento, no existiendo virtualidad para anular la primera simulación, lícita, y la segunda simulación, protegida de todo ataque por imperio del art. 308 del Cód. Civ., con lo que la demanda de nulidad impetrada debe ser rechazada. El apartado tercero de la sentencia en recurso, en consecuencia, no se ajusta a derecho y debe ser revocado.

Queda, así, por decidir la reivindicación. Naturalmente, corolario directo del voto que antecede es que el título del actor en dicho juicio se mantiene en pie, por lo que habrá que analizarlo para determinar, conjuntamente con las probanzas de autos, si es suficiente para sustentar la pretensión real formulada. En este sentido, a fs. 15/17 del expediente reivindicatorio se halla glosado el título de referencia, en el cual se individualizan claramente los linderos y dimensiones del inmueble reclamado, individualizado como Finca N° 12.371 del distrito de Santísima Trinidad, de la capital. Además de ello, el título identifica también la cuenta corriente catastral, N° 15-0490-17, que según la instrumental de f. 1, de facturación del impuesto inmobiliario, corresponde efectivamente, al inmueble situado en la calle Cap. Antonio Montiel N° 1462, entre Capellanes del Chaco y Teniente Coronel Escobar, lo que coincide con las constancias del título arriba reseñado.

Esto indica, en primer término, que el actor en la reivindicación ostenta la calidad de propietario, oponible a terceros en mérito a la inscripción registral acreditada a f. 17 vlto. de los autos del petitorio (art. 1968 del Cód. Civ.), por lo que acredita su calidad de propietario de la cosa en los términos del art. 2407 del Cód. Civ. La posesión por parte del demandado del inmueble en cuestión no es controvertida, antes bien, el actor reconoce sin inconvenientes, en la demanda por nulidad de título, su posesión (f. 17), con lo que también se advierte la existencia de legitimación pasiva en los términos del art. 2408 del mismo cuerpo legal.

En estas condiciones, están dados los requisitos y presupuestos indispensables para la reivindicación, hallándose claramente individualizado el inmueble urbano objeto del petitorio en los términos que anteceden. Por lo demás, además de la identificación clara y precisa del inmueble en cuestión, de acuerdo a lo que inequívocamente surge de autos, se advierte que a f. 25 y vlto. existe una constitución del Actuario en la res litis, situada en la dirección arriba mencionada, donde se advierte inequívocamente que los reconvenidos ocupan el inmueble en cuestión. Tal constitución ha sido ordenada en mérito a la providencia de fecha 9 de mayo de 1996 (f. 23), sin que tal actuación haya sido cuestionada por las partes, y antes bien, fue solicitada por la propia actora y reconvenida (f. 21); con lo que tal actuación se limita a ser el cumplimiento de una orden del Juzgado, conforme con el art. 186 inc. m) del Cód. Org. Jud., sin que haya habido oposición de ningún tipo en tal sentido.

En consecuencia, se advierte que la reivindicación es plenamente procedente, por lo que debe ser admitida. La sentencia en recurso, por las razones expuestas, se halla desajustada a derecho y debe ser revocada en sus apartados tercero y cuarto, quedando firme lo correctamente decidido en primera instancia; sin perjuicio de producirse la declaración de existencia de simulación lícita en cuanto al acto instrumentado por Escritura Pública N° 83, de fecha 9 de septiembre de 1993, pasada por ante la Escribana C.G.R., lo cual es puramente declarativo y en nada altera la completa improcedencia de la nulidad pretendida por el actor en estos autos y el andamio favorable que merece la pretensión reivindicatoria, conforme con los fundamentos expuestos.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la perdedora en todas las instancias, de acuerdo a las disposiciones de los arts. 192, 203 inc. b) y 205 del Cód. Proc. Civ. Así voto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, dijo:  
Adhiere al voto del señor ministro Raúl Torres Kirmser por idénticas motivaciones.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,  
RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO a G.H.B.Z. del Recurso de Nulidad.

REVOCAR los apartados tercero y cuarto de la Sentencia en Recurso, debiendo quedar firme lo decidido en Primera Instancia.

DECLARAR la existencia de simulación lícita respecto del acto instrumentado por Escritura Pública N° 83, de fecha 9 de septiembre de 1993, pasada por ante la escribana C.G.R.C.

COSTAS a la perdidosa en todas las Instancias.

ANOTAR registrar y notificar.

Ministros: Bajac, Torres y Garay.

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial III.

\* \* \*

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.090**

***Cuestión debatida:*** *En el caso de autos, se pretende el resarcimiento de los supuestos daños y perjuicios sufridos a consecuencia de una colisión vehicular:*

**INDEMNIZACIÓN.**

Como es sabido, para que proceda la pretensión resarcitoria es preciso que se den los elementos de antijuridicidad, factor de atribución, daño y nexo causal.

**RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA.**

En el Juzgado de Faltas de la Municipalidad no se juzga la existencia de daño, o de perjuicio a terceros, o de culpa; sino que se juzga una responsabilidad administrativa –insistimos– completamente independiente de la responsabilidad civil; que en el caso concreto se traduce en la violación de la ordenanza que establece el reglamento general de tránsito.

Consecuentemente, es facultad del órgano jurisdiccional examinar ex novo la ocurrencia, pertinencia y fundabilidad de los factores que tornan procedente la indemnización civil, al no haber prejudicialidad ni vínculo de ningún tipo respecto de la decisión administrativa.

**CSJ. Sala Civil. 4/12/12. “L.A.C. C/ A.S.V. S/ Ind. De Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 2.090).**

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

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: TORRES KIRMSER, BAJAC ALBERTINI y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: Pese a que el recurrente no interpuso el recurso en cuestión (f. 179), y que tampoco fuera concedido por A.I. N° 332, del 20 de mayo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala; el presente recurso se halla implícitamente comprendido en el de apelación a tenor del art. 405 del Cód. Proc. Civ. Por ende, al no haberse expresado agravios en tal sentido, y no advirtiéndose vicios o defectos que autoricen su tratamiento de oficio conforme con los arts. 113 y 404 del Cód. Proc. Civ., corresponde declarar desierto el presente recurso.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS BAJAC ALBERTINI y BENÍTEZ RIERA manifestaron adherir al voto del preopinante, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: Por Sentencia Definitiva N° 556 de fecha 2 de agosto de 2007, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Capital del Noveno Turno, resolvió: “1) HACER LUGAR, a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por el señor L.A.C contra la señora A.S.V, y en consecuencia condenar a la demandada a pagar al actor, solidariamente, la suma de guaraníes siete millones (Gs. 7.000.000) más sus intereses a calcularse a una tasa del 2,50% desde la fecha de promoción de esta demanda

hasta la de su efectivo pago, por lo expuesto en el exordio de la presente resolución, dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme esta resolución; 2) IMPONER las costas a la demandada; 3) REGULAR los honorarios profesionales de la Abog. María Gloria Aguilar A. (Mat. 5.169) por los trabajos realizados en autos, como PATROCINANTE del actor en la promoción de la acción principal, dejándolos fijados en la suma de guaraníes setecientos mil (Gs. 700.000.-), más la suma de guaraníes setenta mil (Gs. 70.000.-) en concepto de IVA; 4) REGULAR los honorarios profesionales de la Abog. Patricia López Moreira (Mat. 6.667) por los trabajos realizados en autos, como PROCURADORA del actor en la promoción de la acción principal, dejándolos fijados en la suma de guaraníes trescientos cincuenta mil (Gs. 350.000.-) más la suma de guaraníes treinta y cinco mil (Gs. 35.000.-) en concepto de IVA; 5) Regular los honorarios profesionales del Abog. Gustavo Javier Rodríguez (Mat. 4.717) por los trabajos realizados en la demanda principal, como patrocinante y procurador de la demandada, dejándolos fijados en la suma de guaraníes quinientos veinte y cinco mil (Gs. 525.000.-), más la suma de guaraníes cincuenta y dos mil quinientos (Gs. 52.500.-), en concepto de IVA; 6) ANÓTESE... (sic., f. 161).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 40 de fecha 30 de abril de 2009, resolvió: “1) Declarar Desierto el recurso de nulidad; 2) Revocar la S.D. N° 556 del 02 de agosto de 2007; 3) COSTAS en el orden causado; 4) Regular los honorarios de los abogados intervinientes de la siguiente forma: G. 233.332 para Ma. Gloria Aguilar, patrocinante; G. 166.666 para la procuradora Patricia López Moreira; G. 360.000 para Gustavo Javier Rodríguez por su doble carácter. A cada uno de los rubros se le adicionará el 10% en concepto de IVA; 5) ANOTAR... (sic., f. 176 vlto.).

El actor apelante expresó agravios contra dicha decisión en los términos de su memorial de fs. 183/184 vlto. Lamenta que se haya dado valor de cosa juzgada a la decisión del Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Asunción, considerando que la adversa motivó el accidente por culpa. Niega que la decisión del Juzgado de Faltas tenga vinculatoriedad en sede jurisdiccional, y agrega que su parte demostró que circulaba por la calle preferencial, por lo que es la adversa quien habría violado las normas de tránsito. También se agravia respecto de la regulación de honorarios profesionales, y solicita la revocación de la sentencia apelada y la confirmación de la decisión de primera instancia.

Contesta los agravios la Abog. Laura Nelly Servián Vera, en representación de la demandada, conforme con el escrito de fs. 193/195. La misma considera que la decisión del Juzgado de Faltas pasa en autoridad de cosa juzgada, si la misma no es recurrida en sede contenciosa, por lo que no puede reabrirse la discusión sobre su culpabilidad en el accidente de tránsito; invocando el instituto de la autonomía municipal. Por tales consideraciones solicita la confirmación con costas de la decisión en recurso.

En el caso de autos, el señor L.A.C pretende el resarcimiento de los supuestos daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la colisión vehicular ocurrida el 18 de junio de 2004, a las 15:15 horas, en la que estuvieron involucrados un Fiat Palio con chapa N° ATR 454 conducido por el actor y un Mercedes Benz con chapa N° ..conducido por la demandada.

Como es sabido, para que proceda la pretensión resarcitoria es preciso que se den los elementos de antijuridicidad, factor de atribución, daño y nexo causal.

En primer lugar, para determinar la antijuridicidad del hecho, debemos establecer si ha existido en el caso de autos, alguna trasgresión de las reglas de tránsito. Al respecto, lo medular de la discusión en esta instancia se concentra en el agravio del apelante acerca del valor prejudicial que el Tribunal de Apelación otorgó a la resolución dictada por el Tribunal de Faltas de la Municipalidad de Asunción. Al respecto, como bien lo expresaran ya nuestros tribunales (ver, ex plurimis, Ac. y Sent. N° 18, 18/3/10, T. Apel., Tercera Sala) y el voto en minoría del conjuer Paredes Bordón, la resolución municipal no constituye prejudicialidad respecto de los factores mencionados en el párrafo anterior. Esta conclusión se funda en argumentos que nada tienen que ver con la autonomía municipal que invoca la apelante; pues ciertamente las competencias municipales no se extienden a configurar supuestos indemnizatorios de derecho privado, de competencia jurisdiccional.

Amén de estas consideraciones, el sumario municipal aprecia circunstancias completamente distintas de las que se evalúan en sede jurisdiccional a tenor del art. 1834 del Cód. Civ. En sede municipal se juzga sobre la violación de las normas de tránsito, como elemento único de la jurisdicción municipal. La Ley 1276/1998, vigente al tiempo de los hechos que aquí se juzgan, es clara en tal sentido, al indicar en su art. 1°: “Se entenderá por falta o contravención toda acción u omisión, calificada como tal, que transgreda normas jurídicas de

carácter municipal y las de carácter nacional cuya aplicación haya sido delegada a la Municipalidad”. Esto es, se juzga la responsabilidad puramente administrativa derivada de la conducta non jure contraria a normas municipales. No se juzga la existencia de daño, o de perjuicio a terceros, o de culpa; sino que se juzga una responsabilidad administrativa –insistimos– completamente independiente de la responsabilidad civil; que en el caso concreto se traduce en la violación de la ordenanza que establece el reglamento general de tránsito.

Consecuentemente, es facultad del órgano jurisdiccional examinar ex novo la ocurrencia, pertinencia y fundabilidad de los factores que tornan procedente la indemnización civil, al no haber prejudicialidad ni vínculo de ningún tipo respecto de la decisión administrativa. Es por ello que los agravios del apelante en tal sentido deben ser acogidos, debiendo pasarse al examen del mérito de la causa.

Analizadas las constancias de autos, surge no controvertido que el siniestro se produjo en la intersección de dos arterias de esta Capital; la primera, la calle Alfredo Seiferheld, de sentido único, por la cual circulaba el actor al mando del vehículo con chapa N° ATR 454; y la segunda, la calle Charles de Gaulle, de doble sentido en el tramo por el que circulaba la accionada al mando del vehículo con chapa N° ...

En consecuencia, el conductor del vehículo con chapa N° ATR 454 circulaba por la vía preferencial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 115 del Reglamento General de Tránsito de la Municipalidad de Asunción vigente al tiempo en que ocurrió el siniestro –Ordenanza N° 21/1994–, que establece: “A los efectos del cumplimiento de las preferencias de cruce y paso de que habla la presente Subsección, se observarán los siguientes niveles de preferencia en orden de mayor a menor: (Su inobservancia constituye falta gravísima)a. Avenidas en general; b. Calles de sentido único de circulación; c. calles de doble sentido de circulación. En suma a lo establecido en la norma precedentemente citada, a fs. 111/113, obra el informe de la Dirección de Tránsito de la Municipalidad, en el que se lee: “El nivel de preferencia de cruce y paso está determinado por una señal de PARE existente sobre la acera Este de la calle Charles de Gaulle, orientado para los conductores que circulan con Dirección norte, antes de ingresar a la intersección con Seiferheld”; lo que confirma la preferencia de paso del actor, conforme lo establece el art. 114, inc. b., num. 2, y 121, inc. a., del citado Reglamento.

Ahora bien, vale advertir que, de la dinámica del accidente –que surge de las fotografías adjuntadas por las partes, fs. 7 y 48–, se observa que el vehículo del actor –que presenta abolladuras en su frente– embistió al vehículo de la demandada en su costado, dañando ambas puertas laterales; es decir colisionó exactamente en el medio del vehículo de la demandada. De ello se desprende que la accionada se encontraba ya traspasando la bocacalle y que, ante este hecho, el actor no estuvo en condiciones de controlar su rodado.

Al respecto, sabido es que el conductor de todo vehículo debe mantener la velocidad necesaria para controlar su rodado en todo momento, conforme lo sanciona el art. 88 del Reglamento en cuestión. Como lo sostiene la doctrina más autorizada, “se estima que si no se ha podido detener a tiempo el vehículo para evitar la colisión, ello obedece a que el embestidor marchaba a exceso de velocidad, o no actuaba con la atención debida, o por carecer de frenos en buenas condiciones u otras circunstancias similares, demostrativas todas en principio de su responsabilidad. Pero como todas las presunciones, esta no es absoluta y admite prueba en contrario, por lo que puede quedar neutralizada o sin efecto si se prueba que la colisión se produjo con una maniobra imprudente o desacertada del supuestamente embestido...” (Trigo Represas, Félix et al., “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”, Tomo 1. Hammurabi, Bs.As., 2008, pp. 349/350).

En el caso de autos, como ya se ha dicho, efectivamente existió una maniobra imprudente y desacertada de la demandada quien, sin respetar la preferencia de la calle de sentido único que iba a cruzar –Seiferheld– ni la señal de PARE que se encontraba sobre la calle por la cual circulaba –Charles de Gaulle–, que estaba orientada precisamente a quienes habrían de llegar a la intersección con Seiferheld, no detuvo la marcha al llegar a la bocacalle para cerciorarse de que no existía riesgo alguno de accidente, como bien lo requiere el art. 121 del Reglamento aplicable, que exigía a la accionada no reiniciar la marcha hasta que pueda hacerlo en condiciones que eliminen toda posibilidad de accidente. De este modo, se advierte que la actora ganó la bocacalle por completo, con lo que la embestida se produjo en una posición absolutamente transversal en la cual la accionada no tenía modo de advertir el peligro. En términos coloquiales, la colisión sobrevino en maniobra de cruce iniciada, por lo que ciertamente no es previsible la falta de respeto de la señal de pare, conducta que sin embargo realizó la accionada. No caben dudas de que el factor de atribución, esto es, el elemento culpa, debe ser cargado íntegramente a la demandada.

En cuanto al daño, conforme lo establece el art. 420 del Cód. Proc. Civ., solo puede ser objeto de revisión el rubro admitido en primera instancia, esto es, el daño emergente; ya que la actora no recurrió de la decisión de la instancia originaria. Con las fotografías agregadas a f. 7, se comprueban las abolladuras y demás daños sufridos por el rodado del actor, que no fueron debidamente controvertidos por la accionada. Si bien los documentos presentados para demostrar la cuantía requerida para su reparación no fueron reconocidos en autos, por imperio del art. 452 del C.C., el juzgador debe estimar el monto de indemnización conforme a la sana crítica. En tal sentido, la suma otorgada en primera instancia nos parece por demás razonable, atentos a las características del vehículo siniestrado y a la prudente apreciación a la que refiere el art. 452 del Cód. Civ.

En cuanto a los intereses, si bien estos se deben desde el momento en que ocurrió el hecho, el actor ha consentido la sentencia de primera instancia, que estableció el cómputo de los intereses a partir de la promoción de la demanda, con lo que nuevamente deviene aplicable el art. 420 del Cód. Proc. Civ., debiendo estarse a lo decidido en primera instancia.

Por todo lo precedentemente expuesto, la sentencia del Tribunal debe ser revocada íntegramente, quedando firme lo decidido en primera instancia. Como consecuencia de ello, queda firme también la regulación allí arbitrada, referida a los trabajos de primera instancia, puesto que tal cuestión no fue materia de agravios en segunda instancia, por parte de la parte finalmente perdedora, conforme se aprecia en el memorial de fs. 167/169. Allí el apelante se limitó genéricamente a indicar que no procede el monto fijado en concepto de honorarios profesionales por no hallarse firme la decisión ni haber parte vencedora o vencida (f. 169). Esto es, no se controvertió ni el monto base de cálculo ni los criterios utilizados. Por lo demás, el monto regulado, pese a lo exiguo del monto base, ni siquiera aplica el máximo de la escala prevista en el art. 32, en concordancia con el art. 25, de la Ley Arancelaria; con lo que en ausencia de agravio específico al respecto nuevamente se aplica el art. 420 del Cód. Proc. Civ.

De este modo, la revocación deja íntegramente subsistente la sentencia de primera instancia. Así voto, con imposición de costas a la perdedora en todas las instancias en mérito a los arts. 192, 203 inc. b) y 205 del Cód. Proc. Civ.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS BAJAC ALBERTINI y

JURISPRUDENCIA

BENÍTEZ RIERA manifestaron adherir al voto del preopinante, por compartir sus mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR la sentencia apelada, quedando firme íntegramente la decisión de primera instancia.

COSTAS en las tres instancias a la perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Benítez Riera, Torres y Bajac.

Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.123**

***Cuestión debatida:** Frente a una eventual adquisición (en expectativa.. por expropiación) de una propiedad, se estudia una medida cautelar a favor de la salvaguarda del hábitat de una colectividad indígena, apelando a sus derechos constitucionales por el inmueble litigioso. La actora antes bien debería probar o tan siquiera aparentar la propiedad efectiva, por disposición legal, sobre los mismos, extremo que a la fecha le resulta inalcanzable atendiendo a que la misma ha manifestado que la traslación de la propiedad aún se halla pendiente de decisión en sede administrativa.*

**MEDIDAS CAUTELARES. ACCIÓN DE AMPARO. Admisibilidad y procedencia.**

Este pedido fue tramitado erróneamente en el marco de las disposiciones de Medida Cautelares regladas por el CPC, cuando en realidad estamos en presencia de un Amparo constitucional (Art. 134 de la C.N.) por violación de normas de rango constitucional que protegen a las comunidades indígenas, su cultura y su hábitat. Y es dentro de este marco del juicio de amparo, donde

correspondía la aplicación de medidas de preservación del derecho hasta tanto exista resolución en sede administrativa.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho de los pueblos indígenas.**

Sobre este particular la Constitución Nacional, a justo título en esta materia es considerada la más avanzada de América, y prescribe de manera que no admite duda alguna que “los pueblos indígenas son grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado Paraguayo”, de donde se sigue que nadie podría disponer de cuanto legítimamente les pertenece, poder de disposición del que, igualmente la Constitución estatuye que “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el *respectivo hábitat*” quedando totalmente vedado disponer del mismo: “Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos” (arts. 62, 63, 64). En otras palabras, y en función a estos claros mandatos constitucionales, resulta totalmente incongruente que tales previsiones queden al albur de la concreción o no de determinadas actuaciones administrativas.

**CSJ. Sala Constitucional. 06/12/12. Acción de Inconstitucionalidad: “Comunidad Indígena Mby’A Guaraní de Ka’ Atymi s/ Medidas cautelares y copia de título de Propiedad” (Ac. y Sent. N° 2.123).**

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 la abogada Wenceslaa Britos, Comunidad Indígena Mby’a Guaraní de Ka’Aty y Takuaruzú del Distrito de Avai – Caazapá a plantear acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 292 del 23 de agosto de 2004 dictado por el Tribunal de Apelación Penal, Civil, Comercial, Laboral, Penal de la Adolescencia y Apelación de la Niñez y Adolescencia de la circunscripción Judicial del Guairá y Caazapá en los autos arriba mencionados.

La actora alega que la resolución ut supra citada vulnera las disposiciones constitucionales N° 256 2ª parte, 62, 63, 64, 137, 46 y 47 incs. 1 y 2, como así también, las leyes N° 904/81, 43/89 y 234/93 referentes a estatutos y derechos

de los Indígenas, afirma en este sentido que la resolución impugnada prioriza la aplicación de simples normas procesales antes que las normativas citadas.

En el análisis de la cuestión, vemos que el A. I. N° 292 del 23 de agosto de 2004 atacado de inconstitucionalidad resuelve tener por desistido el recurso de nulidad interpuesto por la actora y revocar la providencia de fecha 28 de diciembre del 2000. Ésta, obrante a fs. 48 de los autos principales, decreta la prohibición de innovar de hecho y de derecho sobre parte de la Finca N° 462 del Distrito de San Juan Nepomuceno, inscrita a nombre de la Sociedad Agrícola Golondrina S.A. mediante dure el proceso administrativo relativo a la expropiación en beneficio de la comunidad representada por la actora.

Fundamentan los magistrados del mencionado tribunal que la medida solicitada por la actora no corresponde a derecho primeramente por la forma y a los efectos en que fue planteada, vale decir, como una acción autónoma, resaltando en ese sentido el carácter de accesorias de las mismas, lo que se traduce en la necesidad de una acción principal en la instancia en que se pretende la consecución de aquellas. Finalmente agregan que si bien es cierto que los accionantes se amparan en varias normativas vigentes, incluso de rango constitucional, también lo hacen los propietarios del inmueble sobre afectado por las medidas al garantizarles la Carta Magna el derecho y respeto a la propiedad privada.

Ante esta relación de hechos caben los siguientes razonamientos: la presente acción pretende la revocación de un fallo proveniente de un tribunal de alzada que entendió que en base a los requisitos expresados en el Código de Procedimientos Civiles, una medida cautelar que prohíbe la mutación de situaciones de hecho de derecho sobre un determinado inmueble, es un accesorio jurídico tendiente a garantizar las resultas de un procedimiento de carácter principal, es decir, un instrumento otorgado por Ley que se concede ante ciertas situaciones que presenten un riesgo para el derecho particular que emerja como resultado de ese procedimiento principal; tramitado anterior o posteriormente, pero trazando siempre un recorrido en forma paralela al juicio que determinará un derecho particular sobre otro, terminando con éste pronunciamiento. Al entender de los mismos, mal se podría entonces plantear esta garantía de una manera que transforme su naturaleza accesorio, en principal, bajo la forma de una acción autónoma. En consecuencia se expresa Carnelutti en Instituciones del Proceso Civil, Vol. 1, cuando dice “Tradicionalmente se ha

definido como cautelar al proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”.

En esta inteligencia cabe destacar que en el caso de marras, la parte del inmueble afectada por la medida, si bien se halla en medio de un trámite netamente administrativo (no constituyendo esto un proceso principal) tendiente a la transmisión de la propiedad sobre el mismo a favor de los representados de la parte actora, tal propiedad, jurídicamente hablando, a la fecha aún se encuentra a nombre de otra persona. Nos hallamos entonces ante un derecho de propiedad en expectativa el cual será pleno, con todos los derechos y garantías que ello conlleva, recién luego del pronunciamiento por parte de la Administración. Hasta el momento del acaecimiento de tal extremo, el legítimo y actual propietario de la parte del inmueble litigioso, se halla facultado con plenos poderes de disposición sobre el mismo, no encontrándose ni pudiendo hacerlo, mínimamente constreñido al cumplimiento de directivas o imposiciones canalizadas judicialmente por parte del eventual beneficiado. Ahondando aún más en esta idea, vemos que uno de los requisitos *sine que non* a los efectos de la viabilidad de las medidas cautelares contempladas en nuestra normativa positiva es la verosimilitud del derecho que se pretende tutelar por medio de las mismas, así, teniendo en cuenta que la actora se halla frente a una eventual adquisición (en expectativa), surge totalmente inoficiosa la pretensión de resguardar situaciones fácticas o jurídicas sobre un bien sobre el cual no posee derechos, así, en lugar de intentar probar modificaciones de hecho o derecho en el inmueble litigioso, la actora antes bien debería probar o tan siquiera aparentar la propiedad efectiva, por disposición legal, sobre los mismos, extremo que a la fecha le resulta inalcanzable atendiendo a que la misma ha manifestado que la traslación de la propiedad aún se halla pendiente de decisión en sede administrativa.

En otro orden de ideas y de los términos del escrito inicial, surgen como violentados, al decir de la accionante, los arts. 62 “*De los Pueblos Indígenas*”, 63 “*De la Identidad Étnica*”, 64 “*De la Propiedad Comunitaria*”, tales disposiciones establecen en forma genérica derechos otorgados en beneficios de las comunidades indígenas, los cuales no guardan relación directa con el objeto de la presente demanda, ya que la resolución impugnada no niega la existencia de pueblos indígenas (art. 62), tampoco hace referencia a las actividades tendientes al desarrollo de las actividades étnicas, ni a su organización política, econó-

mica, social, religiosa etc. (art. 63), así como tampoco se discute su derecho a la propiedad comunitaria, ni se pretende la remoción o el traslado de su hábitat (art. 64), lo que releva a esta Sala de mayores consideraciones. Igual suerte corren las pretensiones de pronunciamiento sobre supuesta violación de los arts. 46 “De la Igualdad” y 47 “De las Garantías de la Igualdad” ya que en autos en ningún momento se ha planteado y mucho menos probado algún tipo de discriminación.

Con respecto a la supuesta vulneración tanto de la Ley N° 43/89 Por el cual se modifican Disposiciones de la Ley N° 1.372/88 “Que Establece un Régimen para la Regularización de los Asentamientos de las Comunidades Indígenas”, como de la Ley N° 234/93 “Que Aprueba el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes”, adoptado durante la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra el 7 de junio de 1989” y finalmente de la Ley N° 904/81, “Estatuto de las Comunidades Indígenas”, surge que la accionante se ha limitado a mencionarlas en su generalidad, pretendiendo que esta Sala se aboque al intento de desentrañar cual de las disposiciones, principios, derechos, garantías o prohibiciones se encontrarían violentados según el sentido de las pretensiones contenidas en la acción, lo que resulta harto improcedente.

En relación a las afirmaciones arrimadas en la impugnación referentes a las aplicaciones prioritarias de “simples normas procesales”(sic), pretendiendo fundamentar con ello la contravención al art. 137, “De la Supremacía de la Constitución”, cabe destacar que las medidas cautelares, sus requisitos de admisibilidad, procedimiento, plazos y efectos se hallan consagrados y establecidos en la Ley N° 1.337/88 “Código Procesal Civil” por lo que surge de las argumentaciones expresadas por los miembros del Tribunal de Alzada se adecuan a las disposiciones del art. 137 citado.

Finalmente, ante el objeto del presente juicio el cual se centra en una medida cautelar, no resulta ocioso traer a colación lo mencionado por el jurista argentino Nestor Pedro Sagúés en su obra “Recurso Extraordinario”, cuando al respecto expresa: *“Autos sobre Medidas Cautelares: Una copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema descarta al recurso extraordinario como medio idóneo para atacar las resoluciones adoptadas en cuanto a medidas precautorias o cautelares, sea que ellas las decreten, denieguen, levanten o modifiquen. Se trata de resoluciones no definitivas, ligadas al curso de la acción principal, y que, por ende, podrá tener normalmente reparación en una instancia ulterior”.*

De todo lo expuesto y viendo que la resolución impugnada no violenta ninguno de los principios constitucionales mencionados por la actora, corresponde no hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. En atención a las disposiciones contenidas en el art. 192 del C.P.C. corresponde imponer las costas a la perdedora. ES MI VOTO.

A su turno el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Disiento respetuosamente con el voto del Ministro Preopinante por el cual se rechaza la presente acción de inconstitucionalidad, contra el auto que revoca las medidas cautelares dictadas en salvaguarda del hábitat de la Comunidad Indígena Mby'a Guaraní de Kaatymi, por las razones que paso a exponer.

He de decir previamente que estamos ante una situación inusual en la cual, por los años que han pasado desde la promoción de la presente acción y del inicio del trámite administrativo, no podemos dejar de plasmar nuestro criterio ante situaciones tan sensibles de las Comunidades Indígenas.

El expediente principal se inició con el pedido por parte de la representante de la Comunidad Indígena Mby'a Guaraní de Kaatymi, de medidas cautelares a fin de precautar los derechos de reclamos ante sede administrativa (IBR en ese entonces), a fin de evitar posibles desmontes y empobrecimiento del territorio que sería su hábitat ancestral. Este pedido fue tramitado erróneamente en el marco de las disposiciones de Medida Cautelares regladas por el CPC, cuando en realidad estamos en presencia de un Amparo constitucional (Art. 134 de la C.N.) por violación de normas de rango constitucional que protegen a las comunidades indígenas, su cultura y su hábitat. Y es dentro de este marco del juicio de amparo donde correspondía la aplicación de medidas de preservación del derecho hasta tanto exista resolución en sede administrativa. El Art. 134 de la Constitución, dentro del cual debió ser entendido el pedido de auxilio por parte de la comunidad indígena, 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 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, 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 restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida"*.

En este sentido argumental, considero que los magistrados que levantaron la medida cautelar otorgada por le A-quo, se limitaron a aplicar de manera estricta la norma procesal, sin analizar el verdadero quid pretendido por los actores, cuál era la preservación y vigencia de derechos constitucionales. Es así, que comparto y hago mío, el voto del Dr. Oscar Paciello, plasmado en el Acuerdo y Sentencia N° 30/97, donde se plantea y resuelve una acción con los mismos matices que la presente:

“...Que las decisiones de los órganos jurisdiccionales mencionados, se fundaron en la convicción del carácter accesorio con que generalmente se atribuye a las providencias cautelares. Calamandrei, justamente enseña que “Las providencias cautelares, están dirigidas más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional... La misma se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación de *Contempt of Court*, a salvaguardar el *imperium iudicis*, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal...” (Piero Calamandrei “Providencias Cautelares”, Ed. Bibliográfica Argentina, 1945). Este carácter relativamente autónomo de ellas, es el que recoge nuestro Código Procesal Civil en su artículo 697, en cuanto establece que tales providencias continuarán “mientras duren las circunstancias que las determinaron”.

Que atendiéndonos a la letra clara de la ley, corresponde, por tanto, determinar cuáles fueron las circunscripciones que determinaron las providencias revocadas por las decisiones impugnadas. En mi concepto, y al margen de las gestiones que pudieran o no darse con miras a una posible expropiación, se encuentra el hecho primario y principal de que una comunidad indígena, cuya existencia y ubicación se halla perfectamente precisada en las actuaciones administrativas arrimadas, solicitó por vía cautelar ser amparada en su posesión comprobada. Por consiguiente, no hallándose demostrado, en ninguna parte, la variación de tal situación de hecho, mal podría revocarse la providencia cautelar a la que dio origen.

Desde este escrito punto de vista procesal, razón asiste a la actora y ello bastaría para decidir esta cuestión por la afirmativa.

Que independientemente de ello, sobre este particular la Constitución Nacional, a justo título en esta materia es considerada la más avanzada de

América, y prescribe de manera que no admite duda alguna que “los pueblos indígenas. son grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado Paraguayo”, de donde se sigue que nadie podría disponer de cuanto legítimamente les pertenece, poder de disposición del que, igualmente la Constitución estatuye que “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el *respectivo hábitat*” quedando totalmente vedado disponer del mismo: “Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos” (arts. 62, 63, 64). En otras palabras, y en función a estos claros mandatos constitucionales, resulta totalmente incongruente que tales previsiones queden al albur de la concreción o no de determinadas actuaciones administrativas. En mi concepto, dado el carácter instrumental de las providencias cautelares, se impone en el presente caso su mantenimiento, a cuyo efecto e independiente de otras razones que pudieran aducirse, no resta otra alternativa que pronunciarse por la afirmativa de la cuestión planteada”.

Por las razones apuntadas, mi criterio es que debe hacerse lugar a la presente acción de inconstitucionalidad y declarar la nulidad del auto impugnado, por ser arbitrario. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) La Abog. Wenceslaa Britos Torales (Mat. N° 2.622), en nombre y representación de la Comunidad Indígena Mby'a Guaraní de Ka'Atymi y Takuaruzu del Distrito de Avaí – Caazapá, promovió acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 292 de fecha 23 de agosto de 2004, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Guairá y Caazapá.

2) El A.I. N° 292 de fecha 23 de agosto de 2.004, dictado por el Tribunal resolvió: “1. TENER POR DESISTIDO del recurso de nulidad interpuesto; 2. REVOCAR, con costas la providencia de fecha 28 de diciembre de 2000 por los fundamentos expuestos en la presente resolución”.

2.1) La providencia de fecha 28 de diciembre de 2000, entre otros puntos, decretó la prohibición de innovar de hecho y derecho sobre la fracción de 2.015 has. 3445 m2 0500 cm2, parte de la finca N° 462 del Distrito de San Juan Nepomuceno, inscrita en mayor extensión a nombre de la Sociedad Agrícola Golondrina S.A., ínterin dure la sustanciación del juicio administrativo en trámite ante el Instituto de Bienestar Rural.

3) La parte accionante sostiene: “El Tribunal de Apelación de Villarrica, al dictar el auto interlocutorio impugnado ha priorizado la aplicación de simples

normas procesales (norma legal de rango inferior), en detrimento de numerosos principios constitucionales conculcando la supremacía de la Constitución Nacional sobre las demás leyes conforme lo establece el Art. 137 de la C.N. y desconociendo el derecho de los pueblos indígenas”. Funda la presente acción en lo dispuesto en los Arts. 38, 40, 46, 47, 62, 63, 64, 132, 137, 256 2da. parte y 260 2da. parte de la Constitución Nacional, así como en otros instrumentos legales, tales como el C.P.C. y las leyes Nros. 904/81, 43/89 y 234/93 (fs. 10/13).

3.1) El Abog. Rubén Bassani (Mat. N° 309), en representación de la Sociedad Agrícola Golondrina S.A., se presentó a contestar la presente acción, solicitando su rechazo fundado en que la resolución impugnada no ha violado norma constitucional alguna (fs. 33/35).

4) El fiscal adjunto, Abog. Jorge A. Sosa García, se expidió conforme a los términos del Dictamen N° 1.628 del 18 de agosto de 2005, señalando que la resolución atacada no se sujeta a las disposiciones legales aplicables al caso, correspondiendo así se haga lugar a la presente acción de inconstitucionalidad.

5) Antes de realizar el análisis respectivo a la constitucionalidad o no de la resolución judicial impugnada por esta vía, considero que por razones no imputables a esta alta magistratura, por cuanto recibí esta causa recién en fecha 18 de mayo de 2.012, casos como el presente deberían ser resueltos dando cumplimiento a los principios que rigen en esta materia, que por su naturaleza constituye un proceso de carácter sumario, se prolongan en forma injustificada y desmedida en el tiempo.

6) De la lectura de la resolución impugnada surge que el tema en discusión gira en torno al otorgamiento de medidas cautelares, que al dictar de Poddetti “...son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces”. Nuestro ordenamiento procesal civil dispone en su Art. 691 que las mismas deben ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta deba entablarse previamente.

6.1) En el caso de autos, la Comunidad Indígena Mby’a Guaraní de Ka’Atymi y Takuaruzu del Distrito de Avaí – Caazapá solicitó al a-quo la apli-

cación de medidas cautelares consistente en la prohibición de innovar de hecho y derecho sobre una fracción de la Finca N° 462 de San Juan Nepomuceno. La citada medida fue solicitada, al decir de la peticionante, como consecuencia de la actitud demostrada por el propietario del inmueble, quien al no ceder a los indígenas la fracción de tierra reclamada ante el IBR, hoy Indert (Expte. Administrativo N° 2871/95), procedieron a la destrucción de cultivo agrícola indígena, levantamiento de alambrada y otros hechos graves de perturbación de sus legítimos derechos de ocupación de su hábitat natural. Dicha medida fue acogida favorablemente por el Juzgado y recurrida por la parte demandada, siendo resuelta por el Ad-quem en el fallo que se encuentra en estudio.

6.2) Del análisis del fallo impugnado por esta vía se colige que el Ad-quem se ha apartado de disposiciones constitucionales y legales que rigen en esta materia. En efecto, la Constitución Nacional reconoce los siguientes derechos:

“Art. 62: De los pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado Paraguayo”;

“Art. 63: De la identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

“Art. 64: De la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos”.

6.3) En el mismo sentido, la Ley N° 234/93 por la cual se aprueba el Convenio suscripto por la República del Paraguay N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la 76ª Conferencia Interna-

cional del Trabajo, celebrada en Ginebra el 07 de junio de 1989, dispone en su Art. 14: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y subsistencia... 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

7) En conclusión, considero que la resolución impugnada es arbitraria, por haberse apartado del texto claro de la Constitución y de la ley que rige para el presente caso. En consecuencia, corresponde hacer lugar a la presente acción, declarando la nulidad del A.I. N° 292 de fecha 23 de agosto de 2004, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Guairá y Caazapá, debiendo darse cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 560 del C.P.C. Las costas deben ser impuestas a la parte vencida. Es mi voto.

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

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la Acción de Inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 292 de fecha 23 de agosto de 2004, dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Guairá y Caazapá, debiendo darse cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 560 del C.P.C.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Gladys Bareiro de Mónica, Víctor M. Núñez R., Antonio Fretes.

Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz, secretario.

\* \* \*

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.125**

**Cuestión debatida:** *Se analiza la constitucionalidad de la Ley N° 852/09: “Que indemniza a víctimas de violaciones de Derechos Humanos”, al tornar la acción civil, para reclamar y resarcir, prescriptible. Y el voto de mayoría expresa que al salir una nueva ley modificatoria: la Ley N°4381/11, tal agravio desaparece.*

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la tortura y otros delitos. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. DELITOS DE LESA HUMANIDAD.**

La Ley N° 4381 fue publicada en la Gaceta Oficial el 17 de agosto de 2011. Esta normativa tiene por objeto la modificación de los Artículos 1° y 3° de la Ley N° 838/96 y de las leyes modificatorias dictadas posteriormente, en este caso el art. 1 de la Ley N° 3.603/08, ya precedentemente citada y aquí impugnada. Mediante esta ley, se ha declarado imprescriptible el derecho de peticionar las indemnizaciones estipuladas por aquella ley por parte de las víctimas de la dictadura.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la tortura y otros delitos. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. DELITOS DE LESA HUMANIDAD.**

Esta Sala ha mantenido en anteriores fallos el criterio de que resulta relevante a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, que el agravio sea contemporáneo tanto al momento de la impugnación como de su resolución. En el caso de autos si bien la reacción del accionante condice temporalmente con el agravio, no surge idéntico extremo con relación a la resolución del *thema decidendum*, tenemos entonces que la normativa cuya nulidad pretende ha dejado de afectarle al ser modificada por una normativa posterior. En consecuencia, el agravio expuesto ha perdido su carácter de actual.

**CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. De la tortura y otros delitos. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. DELITOS DE LESA HUMANIDAD.**

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 Ley. Concluyendo que a la vista de esta Sala, al momento de fallar sobre la demanda no

existiría ya un interés jurídicamente tutelado en peligro de sufrir una vulneración, ni mucho menos principios y garantías de rango constitucional conculcados.

**CSJ. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad: “L. B. V. M. C/Art. 1 de la ley N° 3852/09”. 06 de diciembre de 2012. (Ac. y Sent. N° 2.125).**

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 *L.B. V. M.*, por sus propios derechos y bajo patrocinio de abogada, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Art. 1° de la Ley N° 3.852/09 “que modifica el artículo 1° de la ley N° 3.603/08 que modifica la ley N° 838/96 que indemniza a víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989”, en lo referente al plazo para presentar la reclamación.

Refiere en líneas generales el accionante que la norma en cuestión establece un plazo de 90 días desde la promulgación de dicha ley para solicitar la indemnización por haber sufrido violación de derechos humanos durante el sistema dictatorial imperante en nuestro país entre los años 1954 a 1989, cuando que uno de los principios que rigen en materia de Derechos Humanos es la imprescriptibilidad de los mismos. Invoca como fundamentos de su pretensión los Arts. 5°, 39 y 46 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, cabe traer a colación el Artículo 5° de la Constitución Nacional, el cual señala: *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro, el homicidio por razones políticas son imprescriptibles”*. Nótese que en su texto, la Constitución Nacional no distingue entre acción penal y acción civil, solamente reconoce la imprescriptibilidad de dichos actos.

Y el Art. 39 de la Carta Magna establece que: *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado...”*.

Las víctimas de la dictadura imperante en nuestro país (1954-1989) reciben una indemnización del Estado, en virtud a la Ley N° 838/96 “Que indemni-

za a Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos”. Si bien la Constitución Nacional declara imprescriptible los delitos de lesa humanidad, el Artículo 1° de la Ley N° 3.852/09 limita el tiempo cuando dispone que las víctimas tendrán 90 (noventa) días desde la promulgación de dicha ley para la presentación de sus reclamos.

Art. 1°, Ley N° 3.852/09: “Las personas de cualquier nacionalidad, que durante el sistema dictatorial imperante en el país entre los años 1954 a 1989 hubieran sufrido violación de sus derechos humanos, a la vida, la integridad personal o la libertad por parte de funcionarios, empleados o agentes del Estado, serán indemnizados en los términos de la presente Ley, por el Estado paraguayo. Las mismas tendrán plazo de 90 (noventa) días más para la presentación del reclamo correspondiente, desde la promulgación de esta Ley.”

Sin embargo, con el argumento de que siendo los delitos cometidos durante el gobierno dictatorial delitos de lesa humanidad y contrarios al derecho de gentes, su análisis debe efectuarse a la luz de las reglas y principios que la comunidad internacional ha elaborado en torno a tales crímenes y conforme a las obligaciones contraídas por nuestro país en los tratados internacionales, lo que los torna imprescriptibles, tanto penal como civilmente.

En efecto, la persecución de un crimen internacional tiene un fin preventivo, un fin sancionador y un fin reparador. Estos fines están particularmente acentuados en materia de crímenes internacionales. Estos fines no se cumplirán en materia de crímenes contra la humanidad si se admite la prescripción de la acción civil, especialmente el fin reparador. En este sentido, la antigua Comisión de Derechos Humanos había reconocido que *“exigir responsabilidades a los autores de violaciones graves de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad en un Estado”*. En este mismo sentido, no hay que olvidar que los principios, en un sistema jurídico, son la ventana abierta hacia las consideraciones éticas en el Derecho, es el vértice entre los necesarios aspectos axiológicos, teleológicos y fácticos del Derecho, lo que hace que el carácter irredimible, desde un punto de vista moral, de los crímenes internacionales, en especial, de los crímenes contra la humanidad, proporciona en primera instancia, el fundamento de la reparación.

En consecuencia, se advierte que la limitación de la Ley N° 3.852/09 contradice el principio constitucional mencionado y cercena el derecho de las víctimas de los delitos citados a reclamar sine die el pertinente resarcimiento económico y la reivindicación moral.

Sobre el punto cabe recordar que la prescripción liberatoria tiene un fundamento de interés público, que es la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones de derecho sin que sean definidas en un plazo prudencial. Dicho lo anterior, cabe preguntarse si —en el presente caso— ¿realmente el interés público nos lleva hacia la prescriptibilidad de la acción reparadora de daños ocasionados por delitos de lesa humanidad o si el mismo interés público o social reclama la solución inversa?

La calificación de los delitos de lesa humanidad no depende de cada Estado, sino de los principios derivados del *ius cogens* del derecho internacional. En consecuencia, resulta claro que las normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos limitan las facultades de los Estados, porque tales ilícitos afectan el bien común de la comunidad internacional.

No resulta lógico —en este contexto— que el propio Estado genere daños a través de ilícitos repudiados internacionalmente como crímenes de lesa humanidad y luego se ampare en el instituto de la prescripción para evitar la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponderle en consecuencia.

La prohibición de la prescripción está incluida en el Pacto de San José de Costa Rica, dentro del deber del Estado de garantizar un recurso efectivo (Art. 25), de disponer herramientas ante vulneraciones a los derechos establecidos en la Convención (Art. 1.1 y 2) y principalmente, el deber de reparar (Art. 63.1).

Por último, es interesante remarcar que la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable y siendo que se está ante un reclamo indemnizatorio generado por un hecho ilícito cuya acción penal es imprescriptible, la misma suerte debe seguir la acción civil y más aún cuando el Artículo 5 de la Constitución Nacional así lo establece expresamente.

En consecuencia, y por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad y declarar inaplicable el Art. 1° de la Ley N° 852/09 en la parte que se refiere al plazo para presentar el reclamo correspondiente en relación con el accionante. Es mi voto.

A su turno, el doctor FRETES dijo: En el presente caso, el señor L. B. V. M. promovió acción de inconstitucionalidad contra el art. 1 de la Ley N° 3.603/08

en la parte que modifica el art. 1° de la Ley N° 838/96 que indemniza a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos durante la Dictadura de 1954 a 1989, específicamente en la parte que estipula un plazo para la presentación del reclamo.

El artículo impugnado dispone: “Art. 1°. Las personas de cualquier nacionalidad, que durante el sistema dictatorial imperante en el país entre los años 1954 a 1989 hubieran sufrido violación de sus derechos humanos, a la vida, la integridad personal o la libertad por parte de funcionarios, empleados o agentes del Estado, serán indemnizadas en los términos de la presente ley, por el Estado Paraguayo. Las mismas tendrán plazo de 90 (noventa) días más para la presentación del reclamo correspondiente, desde la promulgación de esta Ley.”

Antes de entrar al análisis de la cuestión aquí suscitada, debe advertirse que esta normativa fue nuevamente modificada por una ley más reciente, dictada unos meses después del llamamiento de autos para sentencia.

En efecto, la Ley N° 4.381 fue publicada en la Gaceta Oficial el 17 de agosto de 2011. Esta normativa tiene por objeto la modificación de los Artículos 1° y 3° de la Ley N° 838/96 y de las leyes modificatorias dictadas posteriormente, en este caso el art. 1° de la Ley N° 3.603/08, ya precedentemente citada y aquí impugnada. Mediante esta ley, se ha declarado imprescriptible el derecho de peticionar las indemnizaciones estipuladas por aquella ley por parte de las víctimas de la dictadura. El artículo 01 ya citado ha quedado redactado de la siguiente forma:

“Art. 1°. Las personas de cualquier nacionalidad, que durante el sistema dictatorial imperante en el país entre los años 1954 a 1989 hubieren sufrido violación a sus derechos humanos, a la vida, la integridad personal o la libertad por parte de funcionarios, empleados o agentes del Estado, serán indemnizados por el Estado paraguayo en los términos y plazos establecidos en la presente Ley. El derecho a peticionar por parte de las víctimas, es imprescriptible”.

Esta Sala ha mantenido en anteriores fallos el criterio de que resulta relevante a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, que el agravio sea contemporáneo tanto al momento de la impugnación como de su resolución. En el caso de autos si bien la reacción del accionante condice temporalmente con el agravio, no surge idéntico extremo con relación a la resolución del *thema decidendum*, tenemos entonces que la normativa cuya nul-

dad pretende ha dejado de afectarle al ser modificada por una normativa posterior. En consecuencia, el agravio expuesto ha perdido su carácter de actual.

Ante tales extremos, en la actualidad, 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 Ley. Concluyendo que a la vista de esta Sala, al momento de fallar sobre la demanda no existiría ya un interés jurídicamente tutelado en peligro de sufrir una vulneración, ni mucho menos principios y garantías de rango constitucional conculcados.

Por tanto, en atención a lo precedentemente expuesto, a las consideraciones legales citadas, corresponde no hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. Es mi voto.

A su turno el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ manifestó que se adhiere al voto del doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Gladys Bareiro de Módica, Víctor M. Núñez R., Antonio Fretes.

Ante Mí: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz, secretario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.129**

#### **RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación.**

El Auto Interlocutorio, a más de provenir de un Tribunal de Apelaciones, constituye un decisorio que tiene la potencialidad de cerrar irrevocablemente el procedimiento operando como factor inhibitor de la apertura de una nueva causa penal por el mismo hecho, dotándose del carácter de definitividad. En consecuencia, el Objeto (art. 477 del C.P.P.) está cumplido.

**MINISTERIO PÚBLICO. Funciones de los fiscales. ACCIÓN PENAL. Acción Pública.**

En relación a la impugnabilidad subjetiva, el Representante del Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal pública, se halla debidamente legitimado para implementar la mecánica impugnativa que considere pertinente en procura de tutelar y hacer prevalecer los intereses procesales que estima estar comprometidos en el pronunciamiento jurisdiccional contra el cual se alza (Art. 449, segundo párrafo).

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Auto de Apertura al juicio oral y público.**

Si bien el auto de elevación a juicio oral no fue el punto cuestionado por la Defensa, que se agravió en el rechazo del incidente de nulidad absoluta de la acusación, ella no se hallaba habilitada a impugnar en virtud a que el auto de apertura a juicio oral y público es expresamente irrecurrible (Artículo 461 del Código Procesal Penal). En virtud del principio de agresividad que rige al proceso penal, tratándose de una decisión que pone en marcha el procedimiento, el auto de apertura a juicio es irrecurrible. Y esto es así porque lo que eventualmente podría producir algún gravamen a las partes va a ser saneado, corregido o rectificado en el juicio. Por ello al dictarse el auto precluye la fase de objeciones y reclamos.

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Auto de Apertura al juicio oral y público.**

El juicio oral y público está ensamblado procesalmente dentro de una amplia garantía, teniendo como base los principios de oralidad, objetividad e inmediatez, con la intervención de jueces versados que tienen a su cargo la valoración de las pruebas según el sistema de la sana crítica.

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Auto de Apertura al juicio oral y público.**

Esta Magistratura ha mantenido una postura invariable en lo que respecta a la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio, prohibición que se halla dispuesta de manera expresa en el artículo 261 del CPP.

**JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Auto de Apertura al juicio oral y público. ACUSACIÓN. INCIDENTE. Incidente de Nulidad.**

Se ha dado oportunidad suficiente a la imputada a prestar declaración indagatoria en presencia de la Defensora Pública y la correspondiente Acusa-

ción fue presentada con posterioridad a la indagatoria previa, consecuentemente no se dan los presupuestos para la declaración de nulidad de la acusación pues no existe perjuicio concreto para la defensa de la imputada.

**CSJ. Sala Penal. 07/12/12. “Recurso Extraordinario de Casación Interpuesto por el Agente Fiscal Abog. Geraldino Cazal Argüello en la Causa: M. G. M. y M. S. G. V. s/ Estafa y Producción de Documentos no Auténticos”. (Ac. y Sent. N° 2.129).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

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

A la PRIMERA CUESTIÓN planteada, el doctor BLANCO dijo: La legitimidad en la interposición del recurso está asociada a lo que en Doctrina se denomina presupuesto de “Admisibilidad”, y en tal sentido el Título IV, del Libro III, Segunda Parte del Código Procesal Penal, que regula el recurso extraordinario de casación, circunscribe su atendibilidad a los casos previsto por el Art. 477, el cual dispone: *“Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las Sentencias Definitivas del Tribunal de Apelaciones o contra aquellas decisiones de ese Tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”,* estableciendo de este modo el objeto del recurso. En cuanto a los motivos que la hacen procedente son individualizados con absoluta claridad por el Art. 478 del Código Ritual citado, al señalar que: *“El Recurso Extraordinario de Casación procederá, exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) cuando la sentencia o el auto imputado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia; o 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”.*

Estableciendo así el marco dentro del cual debe plantearse el Recurso de Casación, veremos si el interpuesto en estos autos se halla encuadrado dentro

del mismo; pero no sin antes aclarar que siendo extraordinario este recurso, todas las disposiciones que lo reglamentan son de interpretación restrictiva, o sea, restringida o limitada a ellas mismas, sin posibilidad de extenderlas a otras situaciones que no fueran las indicadas en el referido Art. 478.

En efecto, el recurrente deduce el Recurso Extraordinario de Casación en contra del *Auto Interlocutorio N° 87, de fecha 07 de octubre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Caazapá*, cuya parte resolutive dispuso: *“Declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por la Sra. M. G. V., bajo patrocinio del Abogado R. F. K.. Anular parcialmente el punto número 1 del A.I. N° 641 de fecha 17 de agosto de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías de Caazapá en lo referente a la acusación presentada por el Representante del Ministerio Público en contra de la Sra. M. S. G. V. Anular parcialmente el punto número 3 del A.I. N° 641, de fecha 17 de agosto de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías de Caazapá en la parte que se admite la acusación formulada por el Representante del Ministerio Público, en contra de la Sra. M. S. G. V., por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Extinguir la acción penal pública en relación a la Sra. M. S. G. V., por la supuesta comisión de los hechos punibles de Estafa y Producción de Documentos no auténticos; y en consecuencia Sobreseer Definitivamente a la misma, con la expresa mención de que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor de la citada ciudadana...”*.

En tal sentido, y examinada la resolución impugnada encontramos que la misma tiene fuerza de definitiva, conforme lo exige el Art. 477 del Código Procesal Penal. Asimismo, se tiene que el recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido en el Art. 468 del mismo cuerpo legal, es decir dentro de los 10 días de su notificación.

El estudio de la primera cuestión presupone el examen de admisibilidad del Recurso Extraordinario de casación interpuesto desde la perspectiva de la impugnabilidad objetiva y subjetiva, requisitos que condicionan la viabilidad formal y sustancial de la vía recursiva implementada y que deben concurrir en forma conjunta por estar inescindiblemente unidos, de modo que basta la ausencia de uno de ellos para arrastrar al otro hacia la no progresividad en esta instancia, del recurso casacional deducido.

El Auto Interlocutorio N° 87, de fecha 07 de octubre de 2010, a más de provenir de un Tribunal de Apelaciones, constituye un decisorio que tiene la

potencialidad de cerrar irrevocablemente el procedimiento operando como factor inhibitorio de la apertura de una nueva causa penal por el mismo hecho, dotándose del carácter de definitividad. En consecuencia, el Objeto (art. 477 del C.P.P.) está cumplido. En relación a la impugnabilidad subjetiva, el Representante del Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal pública, se halla debidamente legitimado para implementar la mecánica impugnativa que considere pertinente en procura de tutelar y hacer prevalecer los intereses procesales que estima estar comprometidos en el pronunciamiento jurisdiccional contra el cual se alza (Art. 449, segundo párrafo).

En relación al presupuesto motivacional, esto es el Motivo (Art. 478 del C.P.P.), también está satisfecho en el sentido de que han sido invocadas las causales previstas en el numeral 3 del citado artículo que hace referencia a: 3) una sentencia manifiestamente infundada, hipótesis que está abarcando dentro de los exclusivos motivos que reconoce el articulado procesal en mención. Por de pronto puede afirmarse que el recurso ha sido planteado en plazo (dentro de los diez días luego de notificada), por el sujeto legitimado, invocando el motivo en que se funda y ante el órgano competente (Corte Suprema de Justicia). Las circunstancias apuntadas, si bien habilitan la continuidad del análisis de los presupuestos formales, no significa la habilitación del estudio de su procedencia, toda vez que existen otros presupuestos procesales que deben ser sorteados, según lo exigen la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, dado el carácter eminentemente técnico del recurso extraordinario interpuesto, nuestra legislación ritual impone otros requisitos formales que necesariamente deben complementarse armónicamente con los anteriores y que se relaciona con las condiciones y requisitos de interposición del recurso. Sobre la materia rige el Art. 468 del C.P.P., aplicable al caso por remisión expresa ordenada por el Artículo 480 del citado digesto instrumental, que establece: *“El recurso... se interpondrá..., y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y detalladamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende...”*, disposición que sintoniza con lo preceptuado en el Artículo 450 del C.P.P. que prescribe: *“Los recursos se interpondrán, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan en este código, con indicación específica de los puntos de la resolución impugnados”*. Conectado inescindiblemente a los anteriores, el Artículo 478 del mismo orden ritual estipula los exclusivos motivos tendientes a habilitar la procedencia del recurso, que son: *“El Re-*

*curso Extraordinario de Casación procederá, exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia; o 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados*". Los elencos legales citados son, precisamente, los que se presentan como reglamentación ordinaria del Artículo 259 –numeral 6– de la Constitución Nacional en cuanto establece: "Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:... 6) conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley".

Entrando al análisis del agravio del recurrente, el mismo invocó como fundamento del recurso impetrado las normas establecidas en el inc. 3º del Art. 478 del Código Penal de Forma, endilgando al Auto Interlocutorio referido anteriormente el carácter de manifiestamente infundado. Con relación a esa causal se tiene el escrito cumple con las condiciones de admisibilidad, por lo que debe estarse pues por la admisión del recurso. ES MI VOTO.

A su turno, los Doctores Pucheta de Correa y Benítez Riera manifiestan que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A la SEGUNDA CUESTION, el Dr. BLANCO prosiguió diciendo: El agente fiscal Geraldino Cazal Argüello recurrió en casación el Auto Interlocutorio N° 87, de fecha 07 de octubre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Caazapá. La referida resolución del Tribunal de Alzada admitió el recurso de apelación general deducido contra la resolución del Juez Penal de Garantías que declara la apertura a juicio oral y público y la anuló parcialmente, extinguido la acción penal en relación a la acusada M. S. G. V., otorgándole en consecuencia el Sobreseimiento Definitivo a la misma.

Pues bien, pasando seguidamente a desmenuzar la exposición del recurrente, el mismo manifiesta que el fallo atacado viola las disposiciones contenidas en el Art. 478 inciso 3º del Código Procesal Penal.

Corrido traslado a la Defensa Técnica de la procesada, el mismo fue contestado por Defensora Adjunta en lo Civil Gloria Cartes Blanco, solicitando que el Recurso Extraordinario de Casación sea declarado inadmisibile.

Definidas las pretensiones expuestas por las partes, la cuestión está en determinar si efectivamente se cumplen las previsiones contenidas en el nu-

meral 3 del Art. 478 del C.P.P., en el cual se halla basamentada la pretensión aducida por el impugnante.

En el caso en estudio, si bien el auto de elevación a juicio oral no fue el punto cuestionado por la Defensa, que se agravió en el rechazo del incidente de nulidad absoluta de la acusación, ella no se hallaba habilitada a impugnar en virtud a que el auto de apertura a juicio oral y público es expresamente irrecurrible (Artículo 461 del Código Procesal Penal). En virtud del principio de agresividad que rige al proceso penal, tratándose de una decisión que pone en marcha el procedimiento, el auto de apertura a juicio es irrecurrible. Y esto es así porque lo que eventualmente podría producir algún gravamen a las partes va a ser saneado, corregido o rectificado en el juicio. Por ello al dictarse el auto precluye la fase de objeciones y reclamos.

Cuando se dicta la apertura del juicio oral y público estamos en una situación de orden procesal terminante y clara en virtud de la última parte del artículo 461, el cual no permite ninguna fórmula de desdoblamiento llevando a la cuestión a una dirección bifurcable. Por lo demás, el juicio oral y público están ensamblado procesalmente dentro de una amplia garantía, teniendo como base los principios de oralidad, objetividad e inmediatez, con la intervención de jueces versados que tienen a su cargo la valoración de las pruebas según el sistema de la sana crítica.

Bajo las condiciones expuestas precedentemente, y con sustento en lo dispuesto en el artículo 461 del Código de Procedimientos, resulta claro y evidente que el recurso de apelación general deducido por la defensa no debió haber sido admitido por el Órgano de Alzada. Por tanto, corresponde hacer lugar a la casación argüida por el Agente Fiscal, anulando el auto interlocutorio dictado por el Tribunal de Apelaciones. En virtud a lo preceptuado por el artículo 474 y 480 del Código Procesal Penal, corresponde confirmar el auto dictado por el Juez Penal de Garantías que declara la apertura del juicio oral y público, y remitir los autos al Juez Coordinador de la Circunscripción Judicial de Caazapá, desde donde sin ningún tipo de dilación se dispondrá la conformación del Tribunal de Sentencia y la realización del juicio oral.

Bajo las consideraciones expuestas, con sustento en los Arts. 477 y 478 inciso 3º del Código Procesal Penal, debe hacerse lugar al recurso extraordinario de casación. ES MI VOTO.

A su turno, la ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa dijo: Me adhiero al voto del Ministro Sindulfo Blanco, no obstante considero oportuno mencio-

nar que esta Magistratura ha mantenido una postura invariable en lo que respecta a la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio, prohibición que se halla dispuesta de manera expresa en el artículo 261 del CPP.

Esta postura tiene diversos antecedentes entre los que cito el A y S N° 192 del 30 de marzo de 2012, dictado en la causa: “D. C. P. A. y Otra s/ Estafa” y Ac. y Sent. N° 581 del 22 de junio del 2012 dictado en la causa: “A. R. B. y Otro s/ Robo Agravado”. Es mi voto.

A su turno, el ministro Luis María Benítez Riera expresó que esta causa tuvo entrada a su Gabinete en fecha 26 de setiembre de 2012 y salida en fecha 23 de octubre de 2012. Manifestando cuanto sigue:

Comparto y me adhiero a la solución propuesta por el Ministro Preopinante, sin embargo, disiento respecto a que los demás puntos de la resolución que eleva la causa a juicio oral y público sean irrecurribles; postura esta que vengo sosteniendo fundado en las disposiciones de los artículos 445, 461 y sgts. del C.P.P., en el Pacto de San José de Costa Rica que declara el derecho de las partes a recurrir ante toda resolución que cause agravio, e igualmente haciendo referencia al A.I. N° 500 de fecha 7 de mayo del 2003 dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Causa: “R. E. W.M., C. P.y G. E. s/ Estafa y Producción de Documentos Públicos de Contenido Falso”.

En su escrito, el casacionista sostiene que el fallo impugnado constituye una resolución manifiestamente infundada, debido a que el Tribunal de Alzada ha basado sus conclusiones en interpretaciones normativas erróneas y alejadas de sus verdaderos fines, pues el razonamiento expuesto en la resolución fue construido sobre premisas equívocas, de lo que surge la ilogicidad e ilegalidad de la decisión.

Señala que el Ad Quem resolvió desvincular definitivamente a la procesada M. S. G., tras incurrir en un error in procedendo y apartarse de las constancias de autos para concluir que fueron violadas las garantías constitucionales de defensa en juicio, teniendo en cuenta que han sostenido que la imputada no fue asistida por un abogado defensor en su declaración indagatoria; sin embargo dicha afirmación no se ajusta a la verdad, pues según se puede observar en el acta de declaración indagatoria cuya copia se agrega, la misma se abstuvo de prestar declaración indagatoria en fecha 16 de junio de 2009, en presencia de la defensora pública Lilian Beatriz Servián; motivo por el cual solicita la nulidad del Acuerdo y Sentencia impugnado y por decisión directa la confirmación

del A.I. N° 641 del 17 de agosto del 2010, dictado por el Juzgado Penal de Garantías de Caazapá.

A los efectos de verificar en el presente caso si la resolución impugnada por la vía casacional resulta o no manifiestamente infundada, corresponde determinar si efectivamente el Tribunal Ad Quem al momento de dictar resolución ha sustentado su razonamiento sobre afirmaciones que no se ajustan a las constancias de autos.

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

El Art. 256 de la Constitución Nacional dispone: “... Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...”. Con esta norma concuerda el Art. 125 del CPP, que expresa: Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...”. La normativa citada concuerda igualmente con el Art. 398 inc. 2 y 3 del C.P.P. que expresan: 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado”.

En ese sentido, “La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión”. (Oscar R. Pandolfi. “Recurso de Casación Penal”, Ed. La Roca –Bs. As. 2001– Pág. 419). Haciendo una conjunción de las normas invocadas y todo el conocimiento doctrinario, se ve que el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar el razonamiento humano y su clara explicación; eliminado problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas

éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice.

En el caso de marras el Tribunal de Apelación Multifuero de la Circunscripción Judicial de Caazapá, por A.I. N° 87 de fecha 07 de octubre de 2010, dispuso: “2) Anular, parcialmente el punto número 1 del A.I.N° 641 de fecha 17 de agosto de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías de Caazapá, en lo referente a la acusación presentada por el representante del Ministerio Público en contra de la Sra. M. S. G. V.. 3) ANULAR, parcialmente el punto 3 del A.I.N° 641 de fecha 17 de agosto de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías de Caazapá, en la parte que se admite la acusación formulada por el representante del Ministerio Público en contra de la Sra. M. S. G. V. 4) EXTINGUIR, la acción penal pública en relación a la Sra. M. S. G. V., por la supuesta comisión de los hechos punibles de Estafa y Producción de Documentos no Auténticos; y en consecuencia Sobreseer Definitivamente a la misma,...”.

El Tribunal de Alzada sustenta su decisión en que: “... el Representante del Ministerio Público formuló acusación en contra de la Sra. M. S. G. V. sin que conste en el expediente judicial ni en las actuaciones Fiscales que se le haya dado oportunidad de prestar declaración indagatoria asistida por un abogado defensor, conforme lo dispone el Art. 17 inc.5 de la C.N. y en especial el Art. 84 última parte del C.P.P. En efecto a fs. 21/25 de autos, obra el acta de declaración indagatoria de la Sra. M. S. G.V., sin que haya sido asistida por un abogado defensor, por lo que ese acto procesal realizado en sede del Ministerio Público no reúne las formalidades para ser considerada como una oportunidad procesal para prestar declaración indagatoria, es decir no puede ser considerada válida...”.

De las constancias obrantes en el expediente judicial surge con meridiana claridad que el acta obrante a fs. 21/25 de autos (al que hace referencia el tribunal de Alzada), se trata de una declaración testifical rendida por la Sra. M. S. G. V., como diligencia investigativa previa, en la cual no se precisa contar con abogado defensor. Este hecho es fácilmente constatable con la simple lectura del acta que tiene fecha del 3 de diciembre del 2008, y en la que el único sindicado como autor del hecho es el Sr. M. G. M.

Por otro lado, el Ministerio Público ha agregado copia autenticada del acta de abstención de M. S. G. (fs. 1 del cuadernillo de Casación), en la que consta que la misma tuvo oportunidad suficiente de prestar declaración inda-

gatoria en la forma establecida en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, en presencia del fiscal y con la asistencia técnica de la defensora pública, conforme se puede observar al pie del acta con las firmas de los comparecientes.

Sobre esta base, los fundamentos expuestos por el Tribunal de Alzada para la declaración de nulidad de la acusación, la extinción de la acción penal pública y el sobreseimiento Definitivo de la imputada M.S. G. V., constituyen un vicio irreparable por otra vía que no sea la declaración de nulidad del fallo cuestionado dado que carece de fundamentación lógica por haber tenido por premisa un dato que no se ajusta a la realidad, derivando inexorablemente en el dictado de una sentencia manifiestamente infundada, por lo que corresponde Hacer lugar al Recurso Extraordinario de Casación.

Con respecto al estudio del recurso de apelación general deducido oportunamente y sobre la base de la opinión vertida con anterioridad acerca de la admisibilidad de los demás puntos del auto de apertura que no se refieran concretamente a la elevación de la causa a juicio oral y público, se pasará a analizar por decisión directa (Art. 474 del C.P.P), si el punto 1 del A.I.Nº 641 del 17 de agosto de 2010, se ajusta o no a derecho.

Por la resolución objeto de recurso el Juez Penal de Garantías ha resuelto: “1) No Hacer Lugar al Incidente de Nulidad Absoluta de la acusación presentada en contra de la acusada M. S. G. V.”; fundamentando su decisión en que la acusada M. S. G., ha tenido oportunidad suficiente de prestar declaración indagatoria, siendo asistida por la Defensora Pública Lilian Servian y el acto se ha realizado en presencia del Agente fiscal Geraldino Cazal según consta en el acta respectiva y cuyas firmas se hallan al pie de la misma.

Entrando al análisis del interlocutorio de primera instancia se observa que lo sostenido por Juez Penal de Garantías, respecto al cumplimiento de los artículos 84 y 350 del C.P.P, se ajustan a las constancias de autos, ya que se ha dado oportunidad suficiente a la imputada a prestar declaración indagatoria en presencia de la defensora pública Lilian Servián y la correspondiente acusación fue presentada con posterioridad a la indagatoria previa, consecuentemente no se dan los presupuestos para la declaración de nulidad de la acusación pues no existe perjuicio concreto para la defensa de la imputada, correspondiendo la confirmación del apartado 1 del A.I.Nº 641 del 17 de agosto de 2010, que no hace lugar a la nulidad de la acusación presentada contra M. S. G.V.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por razones expuestas precedentemente, corresponde Hacer Lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Agente Fiscal Geraldino Cazal contra el A.I. N° 87 de fecha 07 de octubre de 2010, dictado por el Tribunal Multifuero de la Circunscripción Judicial de Caazapá; y, por decisión directa Confirmar el apartado 1° del A.I. N° 641 del 17 de agosto de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías de Caazapá, por las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales invocadas, debiendo remitirse estos autos al Juzgado de garantías competente para la realización de los trámites previos del juicio oral y público. Es mi voto.

Con lo que 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 anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL

RESUELVE:

DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación articulado.

HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el agente fiscal Geraldino Cazal Argüello contra el A.I. N° 87, de fecha 07 de octubre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Caazapá.

CONFIRMAR el Auto Interlocutorio N° 641, de fecha 17 de agosto de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías, Abog. Claudio A. Villalba; y, DEVOLVER los autos al Juez Coordinador de la Circunscripción Judicial de Caazapá, quien disponer sin ningún tipo de dilación la conformación del Tribunal de Sentencia y la realización del juicio oral respectivo.

ANOTAR, NOTIFICAR Y REGISTRAR.

Ministros: Luis María Benítez Riera, Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco.

ANTE MÍ: Abog. Karinna Penoni de Bellasai, secretaria.

\* \* \*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.144

**Cuestión debatida:** *Se analiza la constitucionalidad de la ley del Funcionario Público, por impedirle al accionante su libre desempeño en la profesión como Abogado.*

### **FUNCIONARIO PÚBLICO. Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública.**

La incompatibilidad impuesta al ejercicio de la función del recurrente, es una exigencia derivada de la importancia y dedicación que el cargo público exige, Rohr señala que es necesaria una ética especial que presione el comportamiento de los funcionarios públicos, ya que administran al pueblo en su nombre (Rohr, J. A.: *Ethics for Bureacrats*, Indiana, 1978).

### **FUNCIONARIO PÚBLICO. Incompatibilidades para el ejercicio de la función pública.**

La prohibición es una garantía para el cumplimiento imparcial, transparente y confiable de la función; y a la vez, una valla ante posibles conflictos de intereses. En el caso de autos, al recurrente no se le prohíbe trabajar. Puede trabajar en muchísimas actividades lícitas (Art. 14 C.T.), pero la ley puede impedir la ejecución de aquellos en los que están comprometidos los intereses generales de la nación o derechos de terceros preestablecidos por la ley.

**CSJ. Sala Constitucional. 10/12/12. Acción de Inconstitucionalidad “C. R. I. c/ Art. 97 de la ley N° 879/81 Y Art. 60 de la ley N° 1626/00”. Año: 2010 - N° 1428. (Ac. y Sent. N° 2144).**

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: El Abog. Casto Rubén Insaurralde, funcionario público prestando servicio en el Ministerio de Educación y Cultura, en el cargo de Asistente Administrativo, por sus propios derechos, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Art. 60, inciso “I” de la Ley N° 1.626/2000 “De la Función Pública” y el Art. 97 de la Ley N° 879/81 “Código de Organización Judicial”.

El art. 60 de la Ley N° 1.626/00 “De la Función Pública”, establece: “...*Queda prohibida al funcionario, sin perjuicio de lo que se establezca en los regla-*

*mentos respectivos: efectuar o patrocinar para terceros trámites o gestiones administrativas o judiciales, se encuentren o no directamente bajo su representación...”. Por su parte, el artículo 97 de la Ley N° 879/81 “Código de Organización Judicial”, dispone: “El ejercicio de la profesión de abogado o procurador es incompatible con la calidad de funcionario público dependiente del Poder Ejecutivo o Judicial, o miembro de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio activo... Esta prohibición no rige: ...c) para los asesores jurídicos del Poder Ejecutivo y de entidades autónomas o autárquicas, y para los abogados incorporados al servicio de la Justicia Militar”.*

El accionante alega que las disposiciones legales atacadas lesionan los Arts. 46, 86 y 107 de la Constitución Nacional, fundado en que la Carta Magna, en la sección destinada a reglar la función, no realiza ninguna discriminación en cuanto al goce de los demás derechos. Afirma que el funcionario público debe poseer privilegios iguales a los demás ciudadanos paraguayos, por lo que cualquier limitación constituye una absurda discriminación para el funcionario público que tiene el grado universitario de Abogado. Manifiesta que el ejercicio de la función pública no le puede someter una dependencia completa durante las horas del día. Además, sostiene que el ejercicio de la profesión de Abogado no implica necesariamente la presencia física del profesional Abogado en los estrados judiciales, y más aún por prestar servicio en la tarde en la Supervisión Pedagógica; Nivel 1 Región 3, Zona A del Dpto. Central, con asiento en Ñemby. Alega que las normas impugnadas, además de impedir su realización profesional, le limitan notablemente en la posibilidad de acceder a un suplemento de ingreso económico por medio lícito para asegurar una vida más digna.

Analizada la acción planteada, resulta que lo que le otorga sustento a los fundamentos planteados en la acción, es además su disconformidad en la modificación de las circunstancias de su trabajo en el Ministerio de Educación.

La incompatibilidad impuesta al ejercicio de la función del recurrente, es una exigencia derivada de la importancia y dedicación que el cargo público exige, Rohr señala que es necesaria una ética especial que presione el comportamiento de los funcionarios públicos, ya que administran al pueblo en su nombre (Rohr, J. A.: Ethics for Bureacrats, Indiana, 1978).

La prohibición es una garantía para el cumplimiento imparcial, transparente y confiable de la función; y a la vez, una valla ante posibles conflictos de

intereses. En el caso de autos, al recurrente no se le prohíbe trabajar. Puede trabajar en muchísimas actividades lícitas (Art. 14 C.T.), pero la ley puede impedir la ejecución de aquellos en los que están comprometidos los intereses generales de la nación o derechos de terceros preestablecidos por la ley.

Así, y en concordancia con el Art. N° 102 de la C.N. que legitima constitucionalmente a la Ley N° 1626/00 en la parte que dispone: *“De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos.- Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras, dentro de los límites establecidos por la ley...”*, considero que la presente acción debe ser rechazada por no afectar a ningún mandato constitucional. ES MI VOTO.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El abogado Casto Rubén Insaurrealde, abogado en causa propia, en su calidad de funcionario público del Ministerio de Educación y Cultura, conforme a la documentación acompañada, promueve acción de inconstitucionalidad contra los Art. 60 Inc. 1) de la Ley N° 1.626/00 “De la Función Pública” y Art. 97 de la Ley N° 879/81 “Código de Organización Judicial”.

Y el Artículo 60 de la mencionada Ley establece: *“Queda prohibido al funcionario, sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos respectivos: ...1) efectuar o patrocinar para terceros tramites o gestiones administrativas o judiciales, se encuentren o no directamente bajo su representación...”*.

Por su parte, el Art. 97 de la Ley N° 879/81 determina que: *“El ejercicio de la profesión de abogado o procurador es incompatible con la calidad de funcionario público dependiente del Poder Ejecutivo o Judicial, o miembro de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio activo.*

*Esta prohibición no rige:*

*cuando se trate de asuntos propios o de sus padres, esposas, hijos menores de edad, o personas bajo su tutela o curatela;*

*para el ejercicio de la docencia; y,*

*para los asesores jurídicos del Poder Ejecutivo y de entidades autónomas o autárquicas, y para los abogados incorporados al Servicio de la Justicia Militar...”*(sic).

Refiere el accionante que las normas impugnadas conculcan el Arts. 86, 107 de la Carta Magna.

El representante de la Fiscalía General del Estado, a través del Dictamen N° 1.545 de fecha 26.11.2010, aconsejó rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada.

La presente Acción de Inconstitucionalidad, debe ser rechazada, por los fundamentos que siguen:

En el estudio de la admisibilidad de la Acción de Inconstitucionalidad, entendida ésta como las condiciones de derecho, interés y la calidad que debe justificar la presentación para que una acción prospere, es decir, para que la acción sea admitida en la sentencia definitiva, al final del proceso; deben verificarse –prima facie– si las condiciones de ejercicio de la acción están presentes (la pretensión que se alega en el escrito de demanda y el cumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de demanda).

El Código Procesal Civil establece cuáles son las condiciones que debe reunir en el Art. 552, que dice: “...*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 constitucional. 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, desestimaré sin más trámites la acción...*” (sic).

Como puede verificarse, el accionante ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos como condiciones de ejercicio de la acción, previstos en el Art. 552 del Código Procesal Civil; es decir, se hallan debidamente individualizadas las normas impugnadas, así como las disposiciones constitucionales infringidas, además constan los fundamentos.

En cuanto al estudio de la admisibilidad; para que una acción prospere y sea admitida en la sentencia definitiva, debe justificarse el derecho, el interés y la calidad de la presentación. En este sentido el recurrente manifiesta que se funcionario público a cargo del Ministerio de Educación y Cultura, conforme lo acreditan con las constancias glosadas a esta presentación. Siguen refiriendo que luego de acceder al título de Abogado se ha percatado de algunas limitaciones de orden legal que a su criterio le privan de realizar libremente el ejercicio de la profesión de Abogado, solicitando la suspensión de los efectos legales y la posterior declaración de inaplicabilidad de los artículos impugnados, en razón que atentan contra los Art. 86 y 107 de la Constitución Nacional.

Como se puede observar el recurrente plantea Inconstitucionalidad por violación de la materia, esta se da cuando la ley cuestionada ataca normas o principios expresa o tácitamente consagrados por la Constitución. Ésta se daría cuando una ley aboliese garantías constitucionales o limitasen las mismas o que alteren los derechos y obligaciones reconocidas por la constitución.

Esta circunstancia nos obliga a identificar el modo como las normas cuestionadas pueden hallarse en conflicto con la Constitución, todo ello a los efectos de emitir un juicio de descalificación en vista de alguna clase de incompatibilidad constitucional.

Verificado el contenido del escrito de Acción de Inconstitucionalidad, los recurrentes no alegan ni fundamentan ninguna incompatibilidad lógica, axiológica, pragmática, fáctica o formal que pudiera justificar un juicio de descalificación, por haber incurrido en alguna clase de descalificación como las enunciadas, respecto de la Constitución Nacional.

A contrario sensu, observamos que las normas dictadas por legislados, hoy cuestionadas, resultan compatibles con la Constitución Nacional pues se halla en concordancia con el Art. 102 CN que legitima constitucionalmente a la Ley N° 1.626/00 “De la Función Pública” en la parte que dispone: *“De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos. Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras, dentro de los límites establecidos por ley...”*; considero que la presente acción debe ser rechazada por no violar ningún mandato constitucional, en razón que el legislador no hizo otra cosa que determinar las limitaciones, que la calidad de funcionario público sobrelleva, todo ello conforme a la facultad que la propia carta magna dispuso que hiciera.

En consecuencia, y por lo expuesto en los párrafos anteriores, opino que corresponde rechazar la presente acción de inconstitucionalidad. Así voto.

A su turno el doctor FRETES, manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la Acción de Inconstitucionalidad promovida.  
ANOTAR, registrar y notificar.  
Ministros: Gladys Bareiro de Mónica, Víctor M. Núñez R., Antonio Fretes.  
Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz, secretario.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 2.156**

**Cuestión debatida:** *Promueve acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal N° 221/91 de la Municipalidad de Asunción, la cual prohíbe expresamente el uso de tipo de molinetes destinados al control del ingreso de los pasajeros a las unidades de transporte público, se analiza si en cuestión de transporte público de pasajeros intermunicipal tiene competencia la Municipalidad de Asunción o el organismo creado para el efecto SETAMA.*

**MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN. Competencia en servicio de transporte público. SETAMA. DINATRA. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los servicios nacionales.**

La propia Constitución establece que los municipios deberán hacer uso de las atribuciones que le fueran conferidas con arreglo a la ley. En este caso, una vez dictada la ley especial regulatoria del transporte, posterior a la Ley Orgánica Municipal, la atribución municipal en la materia se deberá ajustar a lo prescrito en la ley especial.

**MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN. Competencia en servicio de transporte público. SETAMA. DINATRA. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los servicios nacionales.**

Teniendo en cuenta la naturaleza del tipo de servicio en cuestión, donde además del servicio de transporte público prestado íntegramente dentro de los límites territoriales de un municipio existe otra modalidad en donde el servicio de transporte abarca el traslado desde un municipio hasta otro, involucrando el paso por más de un municipio y en ciertos casos por más de un departamento se creyó conveniente la creación de un órgano especializado encargado de la relación del transporte nacional e internacional, la Dirección Nacional del transporte (DINATRA), un ente descentralizado con personería jurídica de derecho público, según el artículo 12 de la Ley N° 1.590/00. Asimismo, en virtud de

lo establecido en el artículo 22 se creó la Secretaría de Transporte del Área Metropolitana de Asunción (SETAMA) “...que tiene por objeto *establecer y administrar políticas y regulaciones comunes e integrales de tránsito y transporte para los municipios y gobernaciones que la integran*, en coordinación con la DINATRA, y que se regirá por la presente ley.”. En lo que al presente caso concierne, es importante mencionar que la SETAMA está integrada, entre otros, por los municipios de Asunción, Lambaré y Mariano Roque Alonso.

**MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN. Competencia en servicio de transporte público. SETAMA. DINATRA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los servicios nacionales.**

La propia Constitución otorga la atribución municipal de “reglamentación y fiscalización del funcionamiento del transporte público” con la condición de que de la misma se deberá hacer uso con arreglo a la ley, y que esta ley especial regulatoria del transporte público le priva de competencia cuando el servicio involucrado sea del tipo intermunicipal prestado dentro del área metropolitana de Asunción, la Ordenanza nro. 221/91 resulta inaplicable con relación al accionante, por encontrarse en contradicción con las reglamentaciones establecidas por el órgano competente (SETAMA), Resolución C.S. N° 018/06 del 24 de Junio de 2006 y Resolución C.S. N° 29/06 del 1 de septiembre de 2006. El uso de los molinetes no está prohibido por las disposiciones aplicables al accionante, razón por la cual la Ordenanza Municipal impugnada que prohíbe su uso deviene violatoria, con relación a los accionantes, del artículo 9, 2ª parte, de la Constitución, que establece: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”.

**CSJ. Sala Constitucional. 11/12/12. Acción de Inconstitucionalidad “Contra Ordenanza N° 221/91 de la Municipalidad de Asunción-Empresa de Transporte Paraguay S.R.L (Transpar) y Empresa de Transporte 29 De Junio SRL. (Ac. y Sent. N° 2.156).**

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: La Abog. María Lorena Segovia Azucas, representante convencional de la Empresa de Transporte Pa-

raguay SRL (Transpar) y Empresa de Transporte 29 de Junio SRL, promueve acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal N° 221/91 de la Municipalidad de Asunción, la cual prohíbe expresamente el uso de tipo de molinetes destinados al control del ingreso de los pasajeros a las unidades de transporte público, por considerar que los mencionados instrumentos constituyen un obstáculo y afectan la seguridad y comodidad de los usuarios.

1. La cuestión radica en que mientras la Ordenanza Municipal en cuestión prohíbe el uso de todo tipo de molinetes en las unidades de transporte público dentro de su jurisdicción, las disposiciones emanadas de la Secretaría del Transporte del Área Metropolitana de Asunción (SETAMA), Resolución C.S. N° 081/06 del 24 de junio de 2006 y Resolución C.S. N° 29/06 del 1 de septiembre de 2006, establecen las condiciones a las cuales deberán ceñirse las empresas de transporte público metropolitano (el cual incluye el municipio capitalino) referentes a la instalación y ubicación de los cuenta pasajeros o molinetes. Es decir, por un lado todo tipo de molinetes están prohibidos, y por el otro, a condición del cumplimiento de las reglamentaciones establecidas, ciertos tipos de molinetes serán autorizados por la SETAMA. Teniendo en cuenta que la empresa accionante presta servicios de transporte público intermunicipal dentro del área metropolitana de Asunción, se hallan en la situación que sus vehículos se encuentran debidamente habilitados por las normas de municipios tales como Lambaré y Mariano Roque Alonso, pero la Ordenanza impugnada los inhabilita para transitar dentro del municipio capitalino, incluido en sus itinerarios de las Líneas 9 y 40.

2. La accionante cuestiona que la Ordenanza Municipal impugnada resulta inaplicable para el caso de su mandante, en razón de que la Ley N° 1590/00 otorga competencia para la regulación y fiscalización del funcionamiento del transporte público intermunicipal prestado dentro del área metropolitana de Asunción a la SETAMA, y que el accionar de la Municipalidad de Asunción desconociendo la competencia de la SETAMA y pretendiendo aplicar la mencionada ordenanza viola los artículos 9, 109, 127, 137, 158, 168 inciso 8) de la Constitución.

3. Como una cuestión introductoria, creo conveniente esgrimir algunos conceptos referentes a la autonomía. El autor compatriota Manuel Peña Villamil, en su obra "Derecho Administrativo", Tomo III, Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Biblioteca de Estudios Paraguayos – Volumen 56,

Asunción – 1997, cita a Guido Zanobini, quien explica el alcance de la palabra autonomía en los siguientes términos: “la autonomía es la facultad de dictarse sus propias leyes. Constituye la forma más amplia y avanzada de la descentralización pues abarca tanto la función administrativa como la capacidad de dictar, en todo o en parte, su propio ordenamiento mediante la expedición de normas jurídicas”.

4. Pena Villamil, al definir el concepto de autonomía lo hace desde una perspectiva administrativa, diciendo que “significa que los entes públicos puedan dictar normas jurídicas válidas tanto para los fines de su propia organización como con efecto para los administrados”.

5. Luego de estas breves consideraciones conceptuales, es pertinente adentrarnos a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Como punto de partida es fundamental referirnos a lo establecido en el artículo 156 de la Constitución, inserto en el capítulo referente al ordenamiento territorial de la República, que establece: “DE LA ESTRUCTURA POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA. 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”. Refiriéndose específicamente a la autonomía de los municipios, el artículo 166 dice: “Las municipalidades son los órganos de gobierno local con personería jurídica que, dentro de su competencia, tiene autonomía política, administrativa y normativa, así como autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos”.

6. De la lectura de los artículos precedentes, surge claramente la consagración del principio de autonomía municipal. La utilización de la calificación en las respectivas normas, “*dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes*” y “*dentro de su competencia*”, denota que la autonomía en cuestión no se trata de un principio consagrado a favor de los municipios en forma absoluta, ilimitada e irrestricta, sino que se halla limitado por otros principios estipulados en la misma Constitución. Es en este sentido que debe ser entendida la autonomía, y ello es así no solamente cuando se trate de una República unitaria como el Paraguay, sino que también procede para Repúblicas cuyo sistema de gobierno es federal.

7. Sin lugar a dudas que en este último caso la autonomía de la que gozan los estados, provincias o condados será mayor, pero de ninguna manera llega a

una plena independencia, es decir, una autonomía absoluta, ilimitada e irrestricta. Si este fuere el caso estaríamos en presencia de unidades políticas secesionistas de la república de la que forman parte, y no una subdivisión política dentro de ella. Estos conceptos son igualmente aplicables aun para el complejo caso de la división política-territorial del Reino de España, en donde las comunidades autónomas se subdividen en varias provincias que la componen. Cada comunidad autónoma está dotada de autonomía legislativa y competencias ejecutivas, así como la facultad de administrarse mediante sus propios representantes. La Constitución Española de 1978 reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las regiones que componen el Estado, *pero también establece los poderes que pueden ser asumidos por las Comunidades Autónomas y aquellas que sólo se le pueden atribuir al Estado*. Es decir, ciertas potestades siguen reservadas exclusivamente al poder central, que a las Comunidades Autónomas les está vedado su ejercicio. En igual sentido, al gobierno central no le está permitido inmiscuirse en cuestiones que la Constitución reserva exclusivamente a las Comunidades Autónomas, pues ello, configuraría un atropello a la autonomía de la que gozan.

8. Volviendo al estudio de lo que establece nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que en el mismo sentido que las normas constitucionales, también la propia Ley N° 1.294/87 “Orgánica Municipal, en su artículo 11, reconoce cierta limitación al principio de autonomía municipal, la cual “...será ejercida en los términos consagrados por la Constitución Nacional y esta ley...” En palabras del maestro Salvador Villagra Maffiodo, en su obra Principios de Derecho Administrativo, Edición 2007, Revisada y Actualizada, “...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...”

9. En los párrafos precedentes han sido expuestos los fundamentos que respaldan la afirmación que el principio de autonomía municipal consagrado en nuestra Constitución es limitado. Sin embargo, creo pertinente mencionar ciertas posiciones doctrinarias aún más extremas que aseveran que los municipios no gozan realmente del carácter de autónomos. El autor argentino Miguel S. Marienhoff, en su clásica obra “Tratado de Derecho Administrativo”,

Tomo 1, Teoría General, Quinta edición actualizada, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires – Argentina, y siguiendo la corriente de Bielsa y Villegas Basavilbaso, expresa su posición sobre las municipalidades *al considerarlas autárquicas pero no autónomas*.

10. Siguiendo estos conceptos vertidos por Marienhoff, el autor compatriota Carlos Levi Bueno en su obra *Ley Orgánica Municipal Comentada y Concordada*, al expresar sus dudas sobre la efectiva autonomía de los municipios manifiesta: “Atendiendo a las expresiones de los autores mencionados y a las definiciones de las palabras autonomía y autarquía, de las disposiciones constitucionales paraguayas, se debe considerar la situación real de nuestros municipios. ¿Podemos considerar autónomo y autárquico a un municipio que está supeditado a control del Estado Central? ¿Dónde reside el principio constitucional de la “soberanía del pueblo” cuando elige a sus autoridades locales? ¿Cuál es el verdadero alcance de contralor que tiene la Junta Municipal? Si el valor de la propiedad es establecida por el Gobierno para fijar el impuesto inmobiliario de las tierras en todo nuestro territorio, ¿dónde está la tan mencionada autonomía económica?”.

11. Realizadas estas consideraciones previas relativas al concepto del principio de autonomía, la forma en que nuestra Constitución lo consagra, así como similitudes con otros sistemas, y algunas posiciones doctrinarias sobre la cuestión, debemos proceder al análisis de si en el presente caso efectivamente existe conculcación de normas constitucionales. Previamente, es necesario delimitar la competencia de las municipalidades relativas a la reglamentación y fiscalización del funcionamiento transporte público intermunicipal.

12. Nuestra Ley Fundamental, al referirse a las atribuciones de los municipios, establece en su artículo 168: “Serán atribuciones de las municipalidades, *en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley*: ...8) La reglamentación y fiscalización del tránsito, el transporte público y las de otras materias relativas a la circulación de vehículos...”. Esta atribución de los Municipios se halla igualmente prevista en la Ley Orgánica Municipal, según los artículos 18 inciso i) y 46 inciso b).

13. Es importante destacar que la atribución conferida por la norma constitucional precedente se halla condicionada al cumplimiento de dos requisitos: a) que sea utilizada dentro de los límites de su jurisdicción; y, b) que se cumpla dentro del marco de la ley.

14. Siguiendo con el análisis de nuestro marco constitucional, debemos mencionar el artículo 158, el cual al referirse a los servicios nacionales dice: *“La creación y el funcionamiento de servicios de carácter nacional en la jurisdicción de los departamentos y de los municipios, serán autorizados por Ley. Podrán establecerse igualmente servicios departamentales, mediante acuerdos entre los respectivos departamentos y municipios”*. En virtud de esta norma, fue sancionada la Ley N° 1590/00 “Que regula el Sistema Nacional de Transporte y crea la Dirección Nacional de Transporte (DINATRAN) y la Secretaría Metropolitana de Transporte (SMT)”.

15. La promulgación de la Ley N° 1.590/00 introdujo ciertas modificaciones en lo referente al sistema de regulación del transporte público metropolitano, departamental, nacional e internacional. No obstante, la competencia atribuida a los municipios para la regulación y fiscalización del transporte público que se realiza íntegramente dentro del límite territorial de su municipio permanece intacta, según lo establece el artículo 4. A este tipo de servicio la norma lo denomina transporte público municipal de pasajeros.

16. Sobre las modificaciones introducidas, en primer lugar se debe tener en cuenta que la propia Constitución establece que los municipios deberán hacer uso de las atribuciones que le fueran conferidas con arreglo a la ley. En este caso, una vez dictada la ley especial regulatoria del transporte, posterior a la Ley Orgánica Municipal, la atribución municipal en la materia se deberá ajustar a lo prescrito en la ley especial.

17. De esta forma, teniendo en cuenta la naturaleza del tipo de servicio en cuestión, donde además del servicio de transporte público prestado íntegramente dentro de los límites territoriales de un municipio existe otra modalidad en donde el servicio de transporte abarca el traslado desde un municipio hasta otro, involucrando el paso por más de un municipio y en ciertos casos por más de un departamento se creyó conveniente la creación de un órgano especializado encargado de la relación del transporte nacional e internacional, la Dirección Nacional del transporte (DINATRAN), un ente descentralizado con personería jurídica de derecho público, según el artículo 12 de la Ley N° 1590/00. Asimismo, en virtud de lo establecido en el artículo 22 se creó la Secretaría de Transporte del Área Metropolitana de Asunción (SETAMA) “...que tiene por objeto *establecer y administrar políticas y regulaciones comunes e integrales de tránsito y transporte para los municipios y gobernaciones que la integran*, en

coordinación con la DINATRAM, y que se regirá por la presente ley.” En lo que al presente caso concierne, es importante mencionar que la SETAMA está integrada, entre otros, por los municipios de Asunción, Lambaré y Mariano Roque Alonso.

18. A estos nuevos órganos especializados la Ley les otorgó competencia para la regulación del transporte público nacional e internacional (DINATRAM), y en el área metropolitana (SETAMA). Así, entre las atribuciones conferidas a la SETAMA se encuentran las previstas en el artículo 26, que establece: “*i) regular los servicios de transporte público y la circulación de los vehículos de servicios especiales y de uso privado... k) regular, proveer y conceder los servicios de revisión técnica para la habilitación e inhabilitación de la circulación de todos los vehículos...*”. Como se puede notar, la atribución conferida a la SETAMA en el inciso i) precitado, crea una superposición de competencia con la atribución de la Junta Municipal prevista en el artículo 46, inciso b), de la Ley Orgánica Municipal, el cual establece que: “En las cuestiones relacionadas con Seguridad y Tránsito son atribuciones y deberes de la Junta Municipal: ...b) *regular el régimen de transportes públicos...*”.

19. Sin embargo, de conformidad al análisis previo de las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico en materia, la competencia de los municipios en lo concerniente al transporte público se debe limitar a habilitar y aprobar los vehículos que circulan *exclusivamente dentro del ejido*, así como el itinerario a recorrer *dentro de sus límites*. Por otro lado, y en lo que para el presente caso nos concierne, el transporte de pasajeros intermunicipal *en el área metropolitana está regulado o controlado por la SETAMA*, según lo establece la Ley N° 1590/00, dictada dentro del marco de las previsiones de nuestra Constitución. La atribución normativa de los municipios en la materia adquiere el carácter de subsidiaria de la del Estado central, evitándose así la contradicción de normas regulatorias de transporte público dictadas por los distintos municipios, que podrían llegar a impedir la circulación de unidades de transporte correctamente habilitadas según las normas de un municipio, pero en infracción según las de otros, y desfavorecer la prestación de servicios de transporte público intermunicipal. Es esta necesidad de armonización de normas, basadas en la naturaleza del tipo de servicio en cuestión, la que determinó la creación de entes regulatorios como la DINATRAM y SETAMA, que como órganos especializados en la materia se encargarán de asegurarse de que los servicios se adecuen a los estándares aceptados de seguridad y comodidad.

20. De esta forma, siendo que la propia Constitución otorga la atribución municipal de “reglamentación y fiscalización del funcionamiento del transporte público” con la condición de que de la misma se deberá hacer uso con arreglo a la ley, y que esta ley especial regulatoria del transporte público le priva de competencia cuando el servicio involucrado sea del tipo intermunicipal prestado dentro del área metropolitana de Asunción, la Ordenanza nro. 221/91 resulta inaplicable con relación al accionante, por encontrarse en contradicción con las reglamentaciones establecidas por el órgano competente (SETAMA), Resolución C.S. N° 018/06 del 24 de junio de 2006 y Resolución C.S. N° 29/06 del 1 de septiembre de 2006. El uso de los molinetes no está prohibido por las disposiciones aplicables al accionante, razón por la cual la Ordenanza Municipal impugnada que prohíbe su uso deviene violatoria, con relación a los accionantes, del artículo 9, 2ª parte, de la Constitución, que establece: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”.

21. Finalmente, es importante resaltar que esta interpretación no lesiona de manera alguna el principio de autonomía municipal, en la forma consagrada en la Constitución, pues el principio rige dentro de los límites previstos en la misma ley fundamental y en las leyes, y que las mismas no le otorgan competencia regulatoria en relación al transporte público intermunicipal.

22. Fundado en las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar a la acción deducida, declarando la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la Ordenanza Municipal N° 221/91, en relación a los accionantes, la Empresa de Transporte Paraguay SRL (Transpar) y Empresa de Transporte 29 de Junio SRL. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La abogada María Lorena Segovia Azucas, en nombre y representación de las *Empresas de Transporte Paraguay (TRANSPAR) SRL Y 29 DE JUNIO SRL*, conforme al testimonio de los poderes generales que acompaña, presenta acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza N° 221/91 dictada por la Municipalidad de Asunción, la cual prohíbe expresamente el uso de todo tipo de molinetes destinados al control del ingreso de los pasajeros a las unidades de transporte público.

Refiere la accionante que la Ordenanza impugnada viola los Arts. 9º, 127, 137, 158 y 168 Inc. 8) de la Carta Magna debido a que desde el momento del dictamiento de la Ley N° 1.590/00 la competencia uniendo dos o más municipios con la ciudad de Asunción, es decir, dentro del área metropolitana, se en-

cuentra reglamento y fiscalizado por la SETAMA y no por la Municipalidad de Asunción.

La Constitución como norma fundamental del Estado, es el centro del ordenamiento jurídico, por lo que todas las demás normas han de ser conforme a ella. Esta tiene no solo dimensión normativa sino que su texto escrito contiene principios y valores por los que se rige la sociedad. El juez (en este caso la Corte) es el que debe aplicar el derecho, y es el derecho; y, en este orden, no solo debe moverse en el ámbito de las normas sino en el de los principios y valores que integran el ordenamiento jurídico. La actividad encaminada a atribuir dignificado al texto normativo y a averiguar la racionalidad de la norma, va relacionada a la necesidad social de proveer permanentemente entrega del derecho y la plenitud del ordenamiento.

Con estos presupuestos tenemos, por un lado, La Constitución Nacional, su texto normativo y su contenido de principios y valores, y por otra, La Ordenanza Municipal N° 221/91 dictada por la Municipalidad de Asunción, cuya disposición normativa según la accionante estaría en colisión con las normas constitucionales por lo que respecto de la acción promovida de la acción promovida corresponde ejercer el control jurisdiccional pertinente.

En efecto, la Ordenanza Municipal N° 211/91 dictada por la Municipalidad de Asunción dispone: Art. 1°: *“Derogar la Ordenanza N° 26.032 del 5 de noviembre de 1990, por los mismos fundamentos expuestos en el considerando, quedando expresamente prohibido el uso de todo tipo de molinetes...”*. En este sentido, conforme a lo establecido en el Art. 166 de la Constitución Nacional, la Municipalidad “es un órgano de gobierno local con personería jurídica, que dentro de su competencia, tiene autonomía jurídica, política administrativa y normativa”, y como tal constitucionalmente posee dentro de su jurisdicción territorial, atribuciones tales como la libre gestión en materias de su competencia, la administración y disposición de sus bienes, la elaboración de su presupuesto de ingresos y egresos, el dictado de ordenanzas reglamentos y resoluciones. Las Municipalidades son organismos autónomos, regidos por la Ley Orgánica Municipal /Ley N° 3.966/10) la cual expresamente contiene normas reguladoras que hacen referencia a la autonomía política y administrativa, es decir, esta Ley ratifica la autonomía de las municipalidades consagrada en nuestra Constitución Nacional así como también determina su competencia.

Por otra parte, el Artículo 12 inc. 3) de la Ley N° 3.966/10 “Orgánica Municipal” al señalar que son funciones de los Municipios “...la prestación, regu-

lación y fiscalización del servicio de transporte público de pasajeros y de cargas” concuerda plenamente con lo prescripto en el Artículo 168 de la Constitución Nacional que dispone: “Serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley... 8) de la reglamentación y la fiscalización del tránsito, transporte público y de las otras materias relativas a la circulación de vehículos”.

Ahora bien, procediendo al análisis concreto de la presente acción, la accionante ataca una Ordenanza Municipal que definitivamente no es inconstitucional. Si SETAMA es el organismo regulador del Sistema de Transporte para los Municipios y Gobernaciones que integran, el hecho de no haberse logrado uno de los objetivos de esta secretaria, “uniformar y reglamentar normas técnicas para el tránsito, la infraestructura y la operación del transporte en general” (Art. 26 Inc. a) de la Ley 1.590/00), es una meta incumplida, pero de ninguna manera vulneración o conculcación de normas de jerarquía constitucional. La Municipalidad de Asunción ha actuado dentro de los límites de sus atribuciones y competencia; quedando pendiente la armonización, la compatibilización, en suma la unificación de los distintos sistemas auto-dictados en los distintos municipios, carencia que no conlleva per se a la inconstitucionalidad de los reglamentos que pudieron haber dictado cada Municipalidad para su municipio.

De esta manera, entiendo que la Ordenanza Municipal N° 221/91 dictada por la Municipalidad de Asunción en sus Artículos 1 y 12 establece los parámetros de seguridad a los pasajeros que utilicen servicio de transporte público, lo cual en ningún aspecto contradice con las previsiones de la Ley N° 1590/00, ni mucho menos con ninguna norma constitucional, pues la mencionada ley únicamente señala las pautas para el desarrollo de las actividades de administración de políticas y reglamentaciones comunes e integrales de tránsito y transporte para los municipios y gobernaciones, estableciéndose en la ordenanza hoy atacada, una norma especial de cumplimiento que tiende a garantizar la seguridad y comodidad de los usuarios. Es decir, la Ordenanza Municipal en ningún aspecto entra a modificar o alterar los parámetros señalados por la SETAMA sino que simplemente se limita a establecer un aspecto obligatorio cual es la prohibición de la utilización de los molinetes dentro del área urbana de la ciudad de Asunción.

Asimismo, siguiendo el orden de ideas, es importante resaltar lo prescripto en el Artículo 128 de la Constitución Nacional en el sentido de que: “...en

ningún caso el interés general de la ciudadanía, de los usuarios de transporte público, por sobre el interés de los particulares, de los empresarios de transporte, quienes tienen la posibilidad de proponer otros tipos alternativos de control cuenta pasajeros que no constituyan obstáculo para los usuarios.

En conclusión, la accionante a través de la presente acción, pretende desconocer la Autonomía Municipal consagrada en la Constitución Nacional, pues la misma al referirse a los Municipios afirma que son organismos de gobierno local con personería jurídica, que dentro de su competencia, tienen “autonomía política, administrativa, y normativa” y ello consiste en la facultad inherente de gobierno propio, de dictar sus propias leyes, elegir sus autoridades, dictar ordenanzas, reglamentar el sistema de circulación de vehículos de transporte, de pasajeros, por lo que se puede afirmar que no existe conculcación alguna de preceptos de rango constitucional. Por ello, sobre la base de los fundamentos expuestos precedentemente, corresponde el rechazo de la presente acción. Es mi voto.

A su turno el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo que se adhiere al voto del Ministro preopinante, Doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la presente acción de inconstitucionalidad y en consecuencia declarar la inaplicabilidad de la Ordenanza Municipal Nro. 221/91, en relación a los accionantes, la Empresa de Transporte Paraguay SRL (Transpar) y Empresa de Transporte 29 de Junio SRL.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Gladys Bareiro de Mónica, Víctor M. Núñez R., Antonio Fretes.

Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz, secretario.

\* \* \*

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.306**

**Cuestión debatida:** *La cuestión a decidir versa sobre el aparente conflicto de dos derechos consagrados en la Constitución: el derecho a informarse (art. 28) y el derecho a la intimidad (art.33). La cuestión resuelta en la presente acción viene a establecer con claridad el alcance del derecho a acceder a informaciones que se encuentran bajo el control del Estado o en fuentes de carácter público, lo que vendría a poner fin a las diversas corrientes que se generaran al respecto.*

**DEFENSOR DEL PUEBLO.**

Pudiendo la Defensoría del Pueblo actuar de oficio para la defensa de los derechos humanos no parece razonable exigirle que las presuntas víctimas le otorguen un poder para actuar en su nombre, ni mucho menos negarle la posibilidad de interponer la acción de inconstitucionalidad cuando esa es la única vía idónea para intentar conjurar una posible violación de los derechos humanos de un habitante de la República.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a informarse. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ley N°1/89.**

Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera dará las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.

**FUNCIÓN PÚBLICA. Datos sensibles.**

Con relación a la información relativa al sueldo de los funcionarios, es muy difícil calificarla como dato sensible; por el contrario, es información que sin lugar a dudas sirve para estimar, junto con otra información, su situación patrimonial o su solvencia económica. Por lo tanto, bien puede sostenerse que esa información es un dato personal patrimonial.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a informarse. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ley N°1/89. ESTADO. Fuentes Públicas de Información**

De acuerdo con las disposiciones legales ya citadas, los datos personales patrimoniales pueden ser publicados o difundidos cuando consten en las fuentes públicas de información... las “fuentes públicas de información” son esos tres poderes que ejercen el gobierno del pueblo; o más precisamente, los documentos que están en su poder y las personas que lo ejercen.

**FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos.**

Asumir un cargo público y ser depositario de la confianza pública exigen que este interés en resguardar la intimidad ceda en cierta medida en favor de la obligación de rendir cuentas a la comunidad”.

**COSTAS. Costas en el orden causado.**

En atención a que no existen precedentes sobre la materia, las costas deberán imponerse en el orden causado.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a informarse. Libertad de expresión.**

En el ejercicio de los derechos tanto de información como de libertad de expresión, en la medida en que los hechos sobre los que se informe u opine afecten a personas, tanto físicas como jurídicas, puede producirse un conflicto con el derecho al honor de los implicados.

En caso de conflicto, el primer elemento que debe valorarse es el interés general de la información o la relevancia pública de las personas implicadas. La proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a informarse. Libertad de expresión.**

Los arts. 26 y 28 de nuestra CN, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantizan un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública informada, pilar de una sociedad libre y democrática.

En el caso sometido a análisis vemos que la información es relevante para el público, es veraz y no resulta injuriosa para los afectados, por lo que priman

las referidas libertades de información sobre otros derechos individuales, creando así un ámbito generoso para que puedan desenvolverse sin temor.

**FUNCIÓN PÚBLICA. Datos sensibles.**

Se consideran datos sensibles los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidación sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias.

**REGISTROS PÚBLICOS. ESTADO. Fuentes Públicas de Información.**

En vista a las disposiciones legales transcritas, se observa que los juzgadores dictaron una resolución que claramente resulta contra legem, porque en ella se contradice lo dispuesto en la norma vigente aplicable al caso, que establece claramente que las fuentes públicas de información son de acceso libre para todos.

**ACCIÓN DE AMPARO. Admisibilidad y procedencia de la acción de amparo.**

Encuentro que la vía del Amparo, escogida por el recurrente, puede ser también motivo de impugnación como medio legal idóneo, en el escenario jurisdiccional que corresponda, siendo que existen las vías procesales adecuadas para dirimir esta clase de situación, como ser la contenciosa-administrativa o habeas data (voto minoría).

**CSJ. Pleno. 15/10/13. Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo”. (Ac. y Sent. N°1.306).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la Acción de Inconstitucionalidad deducida?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: FRETES, BAREIRO DE MÓDICA, NÚÑEZ RODRÍGUEZ, TORRES KIRMSEY, BLANCO, PUCHETA DE CORREA, NÚÑEZ GONZÁLEZ, PAIVA VALDOVINOS Y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El Defensor del Pueblo de la República, Dr. Manuel María Páez Monges, bajo patrocinio de los Abogs. S.

R. A. D., H. B. F. B., J. M. C. y E. F. S., interpuso acción de inconstitucionalidad contra el Ac. y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta Sala, de la Capital, en los autos individualizados precedentemente.

1. La resolución en cuestión resolvió confirmar la SD N° 105 del 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

2. Al fundar la resolución impugnada el Tribunal sostuvo que: “El amparo fue denegado, por el a quo. El art. 40 de la CN establece que el derecho a peticionar a las autoridades es un derecho, pero, debe hacerse “según las modalidades que la Ley determine”. La propia Constitución Nacional establece que el límite a ese derecho debe establecerse por Ley. Y, la Ley 1.682 en sus arts. 4 y 5 y su modificatoria la Ley 1.969/02, establecen que estos datos solicitados, cuando se refieran al patrimonio, debe tener la autorización del afectado. El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la Ley a la autorización de los afectados, la petición realizada vía amparo constitucional es improcedente al no adecuarse al art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto “manifiestamente ilegítimo”. La denegación por parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la 1.682/00. Por otra parte no ha referido cuál es el daño que le ocasiona la falla de provisión de dichos datos al peticionante. Al faltarle el primer requisito mencionado es suficiente para confirmar el rechazo del amparo, por tanto, debe confirmarse la SD N° 105 de fecha 13 de marzo de 2008, con costas, a la parte perdedora”.

3. Que, en fecha 9 de noviembre de 2009 los representantes convencionales de la Municipalidad de San Lorenzo opusieron las excepciones de falta de personería y falta de acción y contestaron la demanda. Para sostener la excepción de falta de personería argumentaron que el Defensor del Pueblo no había acompañado el poder que acreditara la representación del Sr. José Daniel Vargas Télles, mientras que al referirse a la excepción de falta de acción arguyeron que la Ley 631/05 “Orgánica de la Defensoría del Pueblo” no lo habilita a plantear acciones de inconstitucionalidad. Finalmente contestaron la demanda, sustentando que la actor a debería haber planteado su reclamo por la vía contencioso-administrativa y no a través de la acción de amparo, haciendo suyos

los argumentos vertidos en su momento por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

4. Que, el 23 de febrero de 2010 en los términos de la Acor. N° 479 del 9 de octubre de 2007, se convocó por el término de 15 días a los interesados en emitir su opinión fundada en la presente controversia como “Amigos del Tribunal”, a los efectos de proporcionar elementos técnicos especializados que permitan a esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia legitimar adecuadamente su decisorio y dar respuesta razonable al interés de la colectividad.

5. Que, el 25 de febrero de 2010 se presentaron los escritos de los “Amigos del Tribunal”, a saber: a) El del “Open Society Institute- Open Society Justice Initiative” (Instituto de la Sociedad Abierta - Iniciativa Pro Justicia de la Sociedad Abierta) de la ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, Estados Unidos de América (fs. 182 a 235); y, b) El de las siguientes organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro extranjeras, integrantes de la denominada Alianza Regional por la Libertad de Expresión e Información; “Asociación Instituto Prensa y Libertad de Expresión – IPLEX” de la Ciudad de San José, República de Costa Rica; “Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP”, de la ciudad de Bogotá, República de Colombia; “Fundación Pro Acceso”, de la ciudad de Santiago, República de Chile; y, “Fundación Andina para la Observación y Estudio de Medios – Fundamedios”, de la ciudad de Quito, República de Ecuador (fs. 91 a 178).

6. Asimismo, adhirieron a esas presentaciones: El Dr. Mario Paz Castaing, en representación de la organización paraguaya “Centro de Información y Recursos para el Desarrollo – CIRD” (fs. 56 a 57); el Sr. Álvaro Herrero, Director Ejecutivo de la “Asociación por los Derechos Civiles – ADC” de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina (fs. 58); el Sr. Juan Javier Zeballos Gutiérrez, Director Ejecutivo de la “Asociación Nacional de la Prensa – ANP”, de la ciudad de La Paz, del Estado Plurinacional de Bolivia (fs. 59/60); el Sr. Edison Lanza Robatto, Director Ejecutivo del “Centro de Acceso a la Información Pública – CAINFO” de la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay (fs. 61/62); la Sra. Katya Salazar, Directora Ejecutiva de la “Fundación para el Debido Proceso Legal – DPLF”, de la ciudad de Washington DC, Estados Unidos de América (fs. 63/64); la Sra. Karina Verónica Banfi, Secretaria Ejecutiva de la “Alianza Regional por la Libertad de Expresión e Informa-

ción” (fs. 65/66); y la Dra. María Jesús Bogado de Schubeius, en representación de la organización paraguaya “Semillas para la Democracia” (fs. 236/237).

7. Que, en fecha 19 de marzo de 2010 también adhirieron a los escritos de los “Amigos del Tribunal” citados precedentemente, la organización “Instituto Prensa y Sociedad – IPYS”, de la Ciudad de Lima, República del Perú (fs. 243/245) y la organización “Trust forthe Americas” de la Ciudad de Bogotá, República de Colombia (fs. 250).

8. Que, en fecha 2 de junio de 2011 se hizo saber a las partes que la Sala Constitucional para entender estos autos se encuentra integrada con los Dres. Antonio Fretes, Víctor Núñez, Gladys Bareiro de Módica, Raúl Torres Kirmser, Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa, Valentina Núñez- Neri Villalba y Oscar Paiva.

9. Que, en primer término cabe analizar las excepciones de falta de personería y falta de acción opuestas por los representantes convencionales de la Municipalidad de San Lorenzo. Las mismas deben ser rechazadas. Los incs. 7) y 8) del art. 10 de la Ley 631/95 establecen que “son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo: (...) 7) interponer Hábeas Corpus y solicitar amparo, sin perjuicio del derecho que le asiste a los particulares; 8) actuar de oficio o a petición de parte para la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios”. Como bien señala el Defensor del Pueblo en el escrito en el que interpone la presente demanda de inconstitucionalidad, sería ilógico y antifuncional al ejercicio de los deberes y atribuciones de su cargo y los de la Defensoría del Pueblo que, por un lado, pudiera solicitar amparo a favor de una persona que es víctima de un menoscabo o negación de sus derechos humanos y que, por el otro lado, no pudiera desarrollar en plenitud todas las posibilidades que el marco constitucional y legal prevén para evitar la consumación jurisdiccional de ese menoscabo o negación Durante la tramitación del juicio de amparo cuyo resultado adverso motivó la presente acción, la Defensoría del Pueblo interpuso amparo a favor del Sr. José Daniel Vargas Télles, asumiendo de hecho su representación procesal y alegando violaciones al derecho de acceso a la información pública que, sostuvo, es un derecho humano. Pudiendo la Defensoría del Pueblo actuar de oficio para la defensa de los derechos humanos no parece razonable exigirle que las presuntas víctimas le otorguen un poder para actuar en su nombre, ni mucho menos negarle la posibilidad de interponer la acción de inconstitucional-

lidad cuando esa es la única vía idónea para intentar conjurar una posible violación de los derechos humanos de un habitante de la República.

10. Que, cabe además analizar la objeción planteada en el Dictamen N° 1813 de la Fiscalía General del Estado. Ante todo, conviene resaltar de antemano que en el presente caso no se dan las circunstancias acaecidas en los precedentes citados. En estos, los fallos de segunda instancia confirmaron los de primera instancia con fundamentos similares. En el caso que nos ocupa el fallo de primera instancia rechazó la acción de amparo sosteniendo que la vía procesal elegida por la Defensoría del Pueblo no era la adecuada, en razón de que el Juez actuante entendió que ante una negativa a entregar la información pública solicitada en su oportunidad por el Sr. Vargas Télles debería haberse interpuesto una acción contencioso administrativa. El a quo no analizó siquiera si el solicitante tenía o no derecho a que se le entregara la información que había requerido.

11. Por otro lado, el fallo de segunda instancia no hizo ni la menor referencia a este fundamento, sino que analizando la pretensión de la actora negó categóricamente que el Sr. Vargas Télles hubiera tenido derecho a acceder a la información solicitada. En cierto sentido, el ad quem hizo lugar al planteo de la actora en relación a que su pretensión era atendible en el marco de una acción de amparo, pero la rechazó por considerar que no tenía el derecho que invocaba.

12. Ahora bien, tampoco es cierta la afirmación de que el Defensor del Pueblo no ha cuestionado la constitucionalidad del fallo de primera instancia. En efecto, el accionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad del fallo de segunda instancia, confirmatorio del de primera instancia, cuestionando la constitucionalidad de ambos y fundando en términos concretos su petición. En el acápite 5.2 se lee: “En este punto, se reiterarán -aunque en forma ampliada- los argumentos vertidos en el escrito de inicio de la acción de amparo que culminó con el nulo e inconstitucional Ac.y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008. Ello por un doble motivo. Primero, para cumplir con el requisito de autosuficiencia que necesita todo escrito introductorio de un nuevo proceso. Segundo y más importante, porque son los argumentos que tanto la jueza de primera instancia como los integrantes del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 5ª, obviaron considerar en sus decisiones, lo cual los descalifica como actos jurisdiccionales válidos”. Inmediatamente después expuso cuál hubiera sido a

su entender el derecho aplicable a la solución del caso y, entre esos argumentos, citó las decisiones jurisdiccionales en las que solicitudes de acceso a la información habían sido acogidas por la vía del amparo: S.D. N° 40 del 31 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 1; S.D. N° 15 del 27 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 7; y, S.D. N° 51 del 2 de mayo de 2008, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 3, de Asunción.

13. Que, en estas condiciones no existen impedimentos para que esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia analice el fondo del asunto.

14. Que, el caso que nos ocupa tuvo su origen en la petición de acceso a la información que el Sr. José Daniel Vargas Télles realizó al señor Intendente Municipal de la ciudad de San Lorenzo el día 4 de mayo de 2007, en la que le requirió “copia impresa de cantidad de empleados contratados y nombradas, con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y salarios respectivos de los que se encuentran trabajando en los distintos departamentos de la municipalidad de San Lorenzo”. Invocó a favor de su derecho los arts. 1, 28 y 45 de la CN, así como “los instrumentos internacionales que en la materia el Paraguay ha ratificado” (fs. 13 del expediente del juicio de amparo).

15. Que, en consecuencia, y atento el sentido de lo resuelto por el Tribunal ad quem, la cuestión a decidir versa sobre el aparente conflicto de dos derechos consagrados en la Constitución: el derecho a informarse (art. 28) y el derecho a la intimidad (art. 33).

16. El primero cuenta con una mínima regulación legal (art. 2 de la Ley N° 1.682/01, texto según Ley N° 1.969/02; y art. 68 de la Ley N° 3.966/10): mientras que el segundo se encuentra extensamente regulado en la Ley N° 1.682/01, texto según Ley 1.969/02, y en el CP, art. 143 (Lesión de la intimidad de la persona).

17. Que, a fin de determinar la existencia de un conflicto de derechos de igual jerarquía, lo cual obligaría a realizar un juicio de ponderación y armonización, primeramente debemos proceder a analizar las características de cada uno.

18. Que, como punto de partida se debe hacer referencia al art. 28 de la CN, el cual en su parte pertinente establece lo siguiente: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuaníme. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La Ley regulará las

modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”. Asimismo, la República del Paraguay, mediante la Ley N° 1/89 ha aprobado y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 13 dispone, en su parte pertinente: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores las que deben estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para asegurar; a) El respeto a los derechos o la reputación de los demás; o, b) La protección de la Seguridad Nacional el orden público o la salud o la moral públicas”. Luego, mediante la Ley N° 5/92 se ha aprobado la adhesión efectuada por nuestro país al Pacto Internacional de Derechos Políticos, cuyo art. 19 prevé: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especules. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

19. Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes vs. Chile” ha interpretado el art. 13 de la Convención en los siguientes términos: “el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar” y a “recibir informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa Información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Conven-

ción el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera dará las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.

20. Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención, siendo en consecuencia lógica y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por inobservancia de los principios de la Convención, que comprometerían su responsabilidad internacional.

21. Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo citado ha sostenido que el “derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones” y ha fijado tres requisitos: “En primer término deben estar previamente fijadas por Ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público”. “En segundo lugar, la restricción establecida por Ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el art. 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. “Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

22. Que, la interpretación dada en este caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ajusta plenamente a nuestro régimen constitucional, caracterizando con precisión los alcances y las condiciones de aplicación del

derecho de acceso a la información, criterios que son igualmente aplicables en la República del Paraguay.

23. Que, ofrecidas las consideraciones que anteceden, resta ahora analizar si la solicitud de acceso a la información realizada por el Sr. Vargas Télles se ajusta a esta interpretación o si, por el contrario, entregar la información requerida podría vulnerar derechos de terceros.

24. Que, el Tribunal ad quem ha sostenido que “El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad”.

25. Que, el art. 143 del CP al castigar el hecho de exponer la intimidad de otro, especifica que debe entenderse por intimidad a “la esfera personal íntima de su vida y especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud”. Esta definición de intimidad guarda relación con la de datos sensibles contenida en la Ley N° 1.682/01, texto según Ley N° 1.969/02, a los que define como “los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten perjuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias” (art. 4).

26. Que, la Ley N° 1.682/01, texto según Ley N° 1969/02, contiene una casuística precisa que cabe exponer para clarificar la cuestión. Esta Ley distingue entre datos personales públicos y datos personales privados. Los primeros son “los datos que consistan únicamente en nombre y apellido, documento de identidad, domicilio, edad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, ocupación o profesión, lugar de trabajo y teléfono ocupacional” (art. 6, inc. a). A los datos personales privados los subdivide en datos sensibles y datos patrimoniales. Con relación a los datos privados sensibles, la Ley prohíbe “dar a publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables” (art. 4). Con relación a los datos privados patrimoniales establece lo siguiente: “Los datos de personas físicas o jurídicas que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras, podrán ser publicados o difundidos solamente: a) cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para que se obtengan datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones no reclamadas judicialmente; b) cuando se trate de informa-

ciones o calificaciones que entidades estatales o privadas deban publicar o dar a conocer en cumplimiento de disposiciones legales específicas; y, e) cuando consten en las fuentes públicas de información” (art. 5).

27. Sin lugar a dudas, la información solicitada por el Sr. Vargas Télles sobre la “cantidad de empleados contratados y nombrados, con sus nombres y apellidos (y) puestos de trabajo” se trata de datos personales públicos que deberían haber sido proporcionados sin cuestionamiento alguno.

28. Que, con relación a la información relativa al sueldo de los funcionarios, es muy difícil calificarla como dato sensible; por el contrario, es información que sin lugar a dudas sirve para estimar, junto con otra información, su situación patrimonial o su solvencia económica. Por lo tanto, bien puede sostenerse que esa información es un dato personal patrimonial.

29. Que, de acuerdo con las disposiciones legales ya citadas, los datos personales patrimoniales pueden ser publicados o difundidos cuando consten en las fuentes públicas de información. Al no haber disposición legal que defina lo que es una “fuente pública de información” y al estar los jueces obligados a juzgar aún en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 6, CC), debe realizarse una interpretación judicial. Quienes ejercen el periodismo gozan de la prerrogativa de no estar obligados a “revelar sus fuentes de información” (art. 29 de la CN); esto es, las personas o los documentos en los que se originó o de quienes o dónde provino la información que difunden. Estas personas o documentos pueden ser privados o públicos “Público” es lo “perteneciente o relativo a todo el pueblo” (Cfr. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima segunda edición). De acuerdo con el art. 3 de la CN: “El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control”. Así, las “fuentes públicas de información” son esos tres poderes que ejercen el gobierno del pueblo; o más precisamente, los documentos que están en su poder y las personas que lo ejercen.

30. Que, en consecuencia, como la información sobre el sueldo de los funcionarios del Estado necesariamente debe constar en alguna de sus dependencias, se trata de un dato personal patrimonial que puede ser publicado o difundido.

31.- Que, a mayor abundamiento, como han ilustrado los Amigos del Tribunal a esta Corte Suprema de Justicia “existe una clara tendencia en el mun-

do democrático a considerar el libre acceso a los registros de información patrimonial como esencial para garantizar la integridad y credibilidad del gobierno. Dicho acceso público representa una restricción justificable y responsable al derecho de tales funcionarios a mantener la confidencialidad de su información patrimonial, especialmente en relación con los ingresos que perciben de las áreas públicas. Asumir un cargo público y ser depositario de la confianza pública exigen que este interés en resguardar la intimidad ceda en cierta medida en favor de la obligación de rendir cuentas a la comunidad”.

32.- Por las razones expuestas precedentemente, y oído el parecer del Ministerio Público, la acción de inconstitucionalidad incoada contra el Ac. y Sent. N° 78 de fecha 16 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, debe prosperar, correspondiendo se declare la nulidad de la misma. En lo concerniente a la S.D. N° 105 del 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, conforme a la opinión vertida referente a la suerte de la resolución de alzada y la implicancia de su consiguiente nulidad -cuyo efecto es el de retrotraer las actuaciones al momento anterior de dicha resolución- nos encontramos con una resolución de primera instancia apelada. Por dicha razón y conteste con la opinión de este juzgador en casos similares, no corresponde aún el estudio referente a su constitucionalidad. En este estado, de conformidad al art. 560 del CPC, los autos en estudio deberán ser pasados al Tribunal de Apelación que siguen en orden de turno, a fin de que dicte una nueva resolución. En atención a que no existen precedentes sobre la materia, las costas deberán imponerse en el orden causado. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Defensor del Pueblo de la República, Abog. M. M. P. M., bajo patrocinio de abogados, en representación del Sr. José Daniel Vargas Télles, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Ac. y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 5ª Sala de la Capital, en el marco del juicio caratulado: “Defensoría del Pueblo c. Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo por el cual se resolvió confirmar la SD N° 105 de fecha 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

El accionante alega que se ha visto conculcado el derecho humano de acceder a la información pública oportunamente solicitada, en raigón de un estu-

dio superficial y caprichoso de la causa, así como también una aplicación incorrecta e irrazonable de las disposiciones legales aplicables. Que los datos acerca de los salarios de los funcionarios públicos de una municipalidad constan en fuentes públicas de información, y en consecuencia pueden ser proporcionados a cualquier ciudadano en base a los reglamentos internacionales ratificados por el Paraguay como ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 13); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 13), etc.

El Ac. y Sent. N° 78/08 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala determinó textualmente cuanto sigue: "... El art. 40 de la CN establece que el derecho a peticionar a las autoridades es un derecho, pero, debe hacerse según las modalidades que la Ley determine". La propia Constitución Nacional establece que el límite a ese derecho debe establecerse por Ley. Y, la Ley N° 1.682/00 en sus arts. 4 y 5 y su modificatoria la Ley N° 1.969/02, establece que estos datos solicitados, cuando se refieran al patrimonio, deben tener la autorización del afectado. El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la Ley a la autorización de los afectados, la petición realizada por vía amparo constitucionales improcedente al no adecuarse al art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto "manifiestamente ilegítimo". La denegación de parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la Ley N° 1.682/00..."

Recordemos que la presente acción de inconstitucionalidad tiene como antecedente la negativa de la Municipalidad de San Lorenzo de proporcionar al Sr. José Daniel Vargas Télles copia impresa de la cantidad de empleados contratados y nombrados, con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y salarios respectivos de dicho municipio. A raíz de dicha negativa, el mismo, a través de la Defensoría del Pueblo, presentó un recurso de amparo ante la jurisdicción civil y comercial que fuera rechazado tanto en primera como en segunda instancia.

En el ejercicio de los derechos tanto de información como de libertad de expresión, en la medida en que los hechos sobre los que se informe u opine afecten a personas, tanto físicas como jurídicas, puede producirse un conflicto con el derecho al honor de los implicados.

El honor, es un concepto jurídico normativo cuyo contenido debe quedar delimitado conforme a las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio.

Hay que señalar que tanto el Derecho a la Información como el Derecho al Honor, son todos derechos fundamentales; es por ello que en caso de conflicto, procede aplicar para su resolución técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pero sin perder de vista el papel estratégico que juega el derecho a la información como garante de la formulación de una opinión pública libre.

En este sentido, en caso de conflicto, el primer elemento que debe valorarse es el interés general de la información o la relevancia pública de las personas implicadas. La proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias.

Los arts. 26 y 28 de nuestra CN, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantizan un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública informada, pilar de una sociedad libre y democrática.

En el caso sometido a análisis vemos que la información es relevante para el público, es veraz y no resulta injuriosa para los afectados, por lo que priman las referidas libertades de información sobre otros derechos individuales, creando así un ámbito generoso para que puedan desenvolverse sin temor.

Por otro lado, analizando estrictamente los arts. 4° y de la Ley N° 1.682/02 (modificados por Ley N° 1.969/02), que fueran mencionados en el Ac. y Sent. N° 78/08, vemos que los mismos disponen cuanto sigue:

Art. 4: Se prohíbe dar a publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables.

Se consideran datos sensibles los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias.

Art. 5: Los datos de personas físicas o jurídicas que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras, podrán ser publicados o difundidos solamente:

a) Cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para que se obtengan datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones no reclamadas judicialmente;

b) Cuando se trate de informaciones o calificaciones que entidades estatales o privadas deban publicar o dar a conocer en cumplimiento de disposiciones legales específicas; y,

c) Cuando consten en las fuentes públicas de información.

Por su parte, el art. 2, párrafo segundo de la Ley 1.682/01 (texto actualizado) menciona que las fuentes públicas de información son libres para todos. Toda persona tiene derecho al acceso a los datos que se encuentren asentados en los registros públicos.

Así pues, y en vista a las disposiciones legales transcritas, se observa que los juzgadores dictaron una resolución que claramente resulta contra legem, porque en ella se contradice lo dispuesto en la norma vigente aplicable al caso, que establece claramente que las fuentes públicas de información son de acceso libre para todos.

En efecto, la discrecionalidad utilizada por los juzgadores para resolver el caso no puede ser admitida, porque no es dable a los mismos omitir la Ley, sino que deben resolver conforme a la Ley. La norma se encuentra vigente y los jueces no pueden ignorarla, ni soslayar su aplicación violando de este modo el art. 256 de la CN.

Por lo manifestado precedentemente, debe admitirse la acción de inconstitucionalidad planteada y debe declararse la nulidad del Ac. y Sent. N° 78 de fecha 16 de julio de 2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 5ª Sala de Asunción. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado por tratarse de una cuestión no resuelta anteriormente. El expediente debe seguir el trámite previsto en el art. 560 del CPC. Es mi voto.

A su turno el doctor BLANCO dijo: Los votos emitidos hasta ahora por los ilustres componente de la Corte Suprema de Justicia son de alto valor científico, los cuales no puedo aceptar o rechazar, en este estado del procedimiento porque:

1. La naturaleza del Amparo es de carácter sumarísimo, y tiene por fin adoptar “las medidas de urgencia” más elementales, de tal suerte que el impetrante pueda acceder con mayor tranquilidad al juicio ordinario. Es por ello que el efecto jurídico de toda sentencia recaída en ella carezca del valor de “cosa juzgada”. Ergo, en el presente caso, la Acción de Inconstitucionalidad tiene por fin únicamente remover, si corresponde, la firmeza del fallo emitido en las 2 primeras instancias, que si se sigue, permitirá un nuevo juzgamiento en el, o los grados inferiores de la estructura judicial.

2. De las actuaciones obrantes en autos, el impetrante —José Daniel Vargas Telles— simplemente peticionó amparo pidiendo la exhibición de los datos relativos al personal municipal afectado, sin explicitar cuales eran los motivos justificantes de la “urgencia” requerida constitucionalmente, lo cual pudo ser un vicio insuperable al momento de juzgarlo. Por lo demás, no encuentro respuesta a ensayar para el supuesto que el amparo fuera concedido favorablemente y la parte afectada, acto seguido, se presentará a pedir juicio ordinario, ya que el pronunciamiento de aquel no causa estado.

3. La falta de motivación requerida al accionante tropieza también con la peculiaridad de haber sido formulada en términos genéricos, lo cual, a mi juicio, resulta irregular, porque en este asunto de los Convenios Internacionales vigentes, se admiten excepciones (ej: secreto de Estado, Habeas Data).

4. Concluyendo, encuentro que la vía del Amparo, escogida por el recurrente, puede ser también motivo de impugnación como medio legal idóneo, en el escenario jurisdiccional que corresponda, siendo que existen las vías procesales adecuadas para dirimir esta clase de situación, como ser la contenciosa-administrativa o habeas data.

Por lo tanto, soy del parecer que, de conformidad al artículo 579 del Código de Procedimientos Civiles, corresponde ANULAR los fallos recurridos, para que el órgano jurisdiccional que lo reemplace, analice y juzgue conforme al cuestionario, y no con el fondo de los mismos, contenido en los votos precedentes; por lo que el reenvío debe ser al Tribunal de Apelaciones que le sigue en el orden de turno al que dictara la resolución recurrida, concordando con la imposición de costas en el orden causado, con el mismo argumento. ES MI VOTO.

A su turno, la magistrada NÚÑEZ GONZÁLEZ dijo: Que adherirse al voto del distinguido preopinante por los mismos fundamentos. Y agrega que la cuestión resuelta en la presente acción viene a establecer con claridad el alcan-

ce del derecho a acceder a informaciones que se encuentran bajo el control del Estado o en fuentes de carácter público, lo que vendría a poner fin a las diversas corrientes que se generaran al respecto.

La existencia de disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, en tratados internacionales y leyes que rigen nuestra República, así como antecedentes jurisprudenciales que ya han establecido la procedencia de dicho acceso, nos llevan a la conclusión que la resolución objeto de inconstitucionalidad fue dictada sin tener en cuenta dichos antecedentes y por consiguiente amerita la anulación de la misma y el reenvío a los efectos de que otro Tribunal dicte resolución en relación a la apelación interpuesta contra la S.D. N° 105 del 13 de marzo de 2008.

A su turno el doctor PAIVA VALDOVINOS dijo: Adherirse al voto del distinguido Ministro preopinante por compartir los mismos fundamentos expresados en su voto.

A sus turnos los doctores NÚÑEZ RODRÍGUEZ, TORRES KIRMSER, PUCHETA DE CORREA y VILLALBA FERNÁNDEZ, manifestaron que se adhieren 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:

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la Acción de Inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 78 de fecha 16 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta Sala, de la Capital

IMPONER las costas en el orden causado.

REMITIR estos autos al Tribunal de Apelación que sigue en orden de turno a fin de que se dicte una nueva resolución, de conformidad al Art. 560 del C.P.C.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Módica, Víctor Manuel Núñez Rodríguez, José Raúl Torres Kirmsers, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco, Oscar A. Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González, Neri E. Villalba.

Ante mí: Arnaldo Lévera, Secretario Judicial.



## TRIBUNAL DE APELACIONEN LO CIVIL Y COMERCIAL

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 142

**Cuestión debatida:** *En autos, se reclama la indemnización de daños y perjuicios, por parte de un funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores debido a los daños que dice haber sufrido en lo patrimonial y moral debido a la decisión del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, principal demandada, que lo puso a disposición con un Decreto irregular, en tiempo en que se desempeñaba como Segundo Secretario de la Embajada Paraguaya en Santiago de Chile. La cuestión es estudiar y resolver si un funcionario público, en este caso, un Ministro, puede o no ser demandado por los daños y perjuicios que su actuación como funcionario público, cause a un administrado mediante la realización de un determinado acto.*

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Responsabilidad del Funcionarios y Empleado público. FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos.**

La Constitución Nacional es clara al disponer que todos los funcionarios públicos son responsables de los actor que autoricen en el ejercicio de sus funciones si con ellos causan daños a los particulares o administrados. El Artículo 106 de la Carta Magna, transcrito precedentemente, a ese respecto no ofrece duda alguna de su aplicación, ya que cubre todo tipo de responsabilidad.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Responsabilidad del Funcionario y Empleado público. FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos.**

Se ha faltado al principio de legalidad inoperante en el Derecho Administrativo y estando pues el mismo firmado y reconocido por el demandado como de su autoría, no da lugar para otra conclusión más que la de atribuirle la responsabilidad por sus consecuencias.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Responsabilidad del Funcionarios y Empleado público. FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos. ESTADO. Responsabilidad subsidiaria del Estado.**

Con respecto a la demanda subsidiaria, la misma debe ser admitida y operará tal cual lo expresa el Artículo 106 de la Constitución Nacional que, en caso de insolvencia o insuficiencia del demandado para hacer frente a esta condena, lo que resuelve con la correcta y simple aplicación del principio de economía procesal.

**ESTADO. Responsabilidad objetiva.**

La responsabilidad objetiva, consagrada en el art. 39 de la Constitución Nacional, que señala: Del derecho a la indemnización justa y adecuada: Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños y perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado,” esta norma resulta aplicable a los casos en que el particular sufre daños en su persona o derechos, por el accionar regular de los órganos del estado. En este supuesto, la responsabilidad es directa del Estado.

**ESTADO. Responsabilidad subsidiaria.**

La otra, responsabilidad del Estado, es la llamada subsidiaria, prevista en el Art. 106 de la misma Constitución Nacional, que señala: “De la responsabilidad del funcionario y del empleado público. Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste de repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”.

**TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 1/10/12. “G. M. V. C/ L. M. R. S/ Indemnización de Daños Perjuicios” (Ac. y Sent. N°142).**

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros PAREDES BORDÓN, BÁEZ MAIOLA, NERY VILLALBA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO. (LA NULIDAD), la parte actora desistió expresamente de este recurso y la parte demandada no lo fundó expresamente. Como no se observan vicios que ameriten declararla conforme a los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, debe tenerse por desistido al actor y declarar desierto el interpuesto por el demandado.

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y NERY VILLALBA votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DIENDO. (LA APELACIÓN), por la sentencia en recurso, S.D. N° 134 de fecha 29 de marzo de 2011, la A-quo resolvió: “No Hacer Lugar a la excepción de prescripción puesta por el señor L. M. R. B., conforme a lo expuesto en el considerando de la presente resolución. HACER LUGAR, con costas, a la excepción de falta de acción opuesta por el señor L. M. R. B. y, rechazar consecuentemente, la demanda promovida en autos por el señor G. M. V. en contra del excepcionante, conforme y con el alcance expuesto en el considerando de esta resolución.” Contra lo así resuelto, apelan ambas partes. La actora lo hace con relación al apartado segundo, en tanto que el representante del demandado L. M. R. B., lo hace del apartado primero que rechaza la excepción de prescripción.

Por razones metodológicas, en primer lugar nos referimos al recurso del demandado.

Los agravios del mismo se hallan contenidos en el escrito de fs. 279 se centra en que la A-quo aplicó al presente caso lo dispuesto en el Art. 659 inc. e del CC, es decir diez años, cuando que en el presente caso de daños y perjuicios, se debe aplicar el Art. 663 inc. f), que establece el pazo de dos años para la prescripción de la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos.

Concordamos con el apelante que a la presente causa originaria de la demanda se le debe aplicar al plazo de prescripción prevista en el Art. 663 inc. f. del CC, dos años.

Ahora bien, el Art. 635 del CC, señala que el plazo comenzará a computarse desde que estuvo expedita la acción. En ese entendimiento, para poder determinarse la regularidad o irregularidad del actor administrativo suscrito por el demandado, el acto primeramente tuvo que promover demanda contencioso-administrativo, considerando como agravio por el actor (Decreto N° 12.288 de

fecha 31 de enero de 1996, de fs. 14) y recién después que dicho acto fuere declarado irregular por sentencia firme y ejecutoriada, podría el actor promover la presente demanda, de responsabilidad personal del funcionario.

Es decir, el cómputo del plazo para la prescripción, de acuerdo a la regla enunciada en el Art. 635 a los fines de reclamar la responsabilidad que le correspondiere al entonces Ministro de Relaciones Exteriores, debió sortear necesariamente la instancia contencioso administrativa, hecho que solo se dio a partir de cuando en la demanda caratulada: “G. M. V. c/ Decreto N° 12.288 de fecha 31 de enero de 1996, dictada por el Poder Ejecutivo”, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dicto el fallo que definió la suerte del acto dañoso atribuido al demandado, con el A. y S. N° 578 de fecha 25 de julio de 2005 (Aclaratorio del A. y S. N° 1.446 del 29 de agosto de 2004). Por tanto, al haberse iniciado esta demanda en fecha 14 de marzo de 2005, y realizada su notificación en fecha 14 de abril de 2005 el acto interruptivo, de acuerdo al Art. 647 inc. a), se realizó incluso antes de cumplidos los dos años de la fecha de “Cúmplase”, de fallo aclaratorio final citado en los autos, que obran por cuerda separada, la prescripción no había operado para ese momento.

Por las razones apuntadas, aunque difiero con el criterio aplicado por la A-quo, no corresponde confirmar el apartado primero de la sentencia, que rechaza la prescripción opuesta como medio general de defensa.

Por tanto, se confirma el apartado primero de la sentencia en estudio, con costas.

En cuanto a la aplicación del actor, el mismo manifiesta sus agravios en el escrito que rola, a fs. 272/278, agravios que son respondidos por el demandado, a fs. 288/291 de autos.

Básicamente sostiene que apelante que existe abundante doctrina que mantiene firme la posición que indica que el funcionario que causa un daño, debe repararlo. Señala que el ex ministro R. B. causó un daño al actor. El acto que formalizó, Decreto N° 12.288, ha sido declarado irregular, por carecer de los antecedentes legales del caso, dictamen del Tribunal de Calificaciones y asignación de un cargo a ser ocupado a su regreso al país luego de prestar funciones en la embajada nacional, en Santiago de Chile. El Decreto fue un acto antijurídico y así lo han declarado, tanto el Tribunal de Cuentas Primera Sala como la Corte Suprema de Justicia, que acogieron favorablemente la demanda que el actor promovió contra Decreto.

Solicita finalmente, que revoque el apartado segundo, se rechace la excepción de falta de acción y se haga lugar a la demanda.

Al contestar los agravios, el representante del demandado, amén de señalar la falta de reserva de parte del actor en el juicio contencioso administrativo de promover esta demanda indemnizatoria, señala que en sede contencioso administrativa, las partes llegaron a un acuerdo, homologado en sede judicial que permitió la reincorporación del actor al Ministerio de Relaciones Exteriores; acompaña a su presentación copia de la resolución del Tribunal de igual Clase, Quinta Sala que, en un caso similar y ofrecido por el actor como prueba, B. Á. c/ J. C. W. y L. M. R. B. S/ Indemnización de Daños” que acogió favorablemente las defensas opuestas por su mandante, similares a la expuestas en la presente demanda. Solicita por ello, la confirmación del apartado segundo de la sentencia.

En autos, se reclama la indemnización de daños y perjuicios, por parte de un funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores debido a los daños que dice haber sufrido en lo patrimonial y moral debido a la decisión del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, principal demandada, que lo puso a disposición, del MRE, en tiempo en que se desempeñaba como Segundo Secretario de la Embajada Paraguaya en Santiago de Chile.

Contra dicho acto administrativo, el actor interpuso en su momento una acción contencioso administrativa, que termino declarando que el dictado de dicho Decreto, fue un acto irregular, puesto que no cumplió con el presupuesto del Art. 61 del Decreto 14757, vigente al momento de su dictado, el cual exigía un dictamen previo del Tribunal de Calificaciones, dictamen que no existió.

La demanda, la dirige en primer término contra quien ocupaba en ese momento la titularidad del Ministerio de Relaciones Exteriores y que suscribió en dicho carácter el Decreto, declarado irregular y subsidiariamente la dirige contra el Estado, para el caso de insolvencia del funcionario demandado.

El demandado sostiene que habiendo signado el mencionado Decreto, en el carácter de Ministro, sólo cumplía su función, como órgano del Estado por lo que no tiene responsabilidad alguna ni obligación de resarcir por los daños reclamados.

La cuestión traída a discusión nos pone en la situación una vez de establecer los dos tipos de responsabilidad es que surge del accionar del Estado y los daños que genera.

Una es la responsabilidad objetiva, consagrada en el art. 39 de la Constitución Nacional, que señala: “Del derecho a la indemnización justa y adecuada: Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños y perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado,” esta norma resulta aplicable a los casos en que el particular sufre daños en su persona o derechos, por el accionar regular de los órganos del estado. En este supuesto, la responsabilidad es directa del Estado.

La otra, responsabilidad del Estado, es la llamada subsidiaria, prevista en el Art. 106 de la misma Constitución Nacional, que señala: “De la responsabilidad del funcionario y del empleado público. Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste de repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”.

Esta disposición se halla en concordancia plena con la disposición del Art. 1845 del Código Civil Paraguayo que expresa: “Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y coparticipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos”.

Dado que el actor fundamenta su demanda en que el demandado suscribió un Decreto, que fue finalmente declarado irregular, se halla incurso en la disposición de los Arts. 1.833 y 1.834 del CC, ya que ha incurrido, por lo menos en culpa no dolo al haber dictado un decreto sin cumplir los requerimientos previos necesarios y perjudicando la carrera como diplomático del actor.

La cuestión es estudiar y resolver si un funcionario público, en este caso, un ministro, puede o no ser demandado por los daños y perjuicios que su actuación como funcionario público, cause a un administrado mediante la realización de un determinado acto.

Que, la Constitución Nacional es clara al disponer que todos los funcionarios públicos son responsables de los actos que autoricen en el ejercicio de sus funciones si con ellos causan daños a los particulares o administrados. El Artículo 106 de la Carta Magna, transcrito precedentemente, a ese respecto no ofrece duda alguna de su aplicación, ya que cubre todo tipo de responsabilidad.

Si se llegara al caso de considerar los actos autorizados por los funcionarios como simplemente la manifestación de la voluntad del Estado, o de una Institución, se daría una potestad y consecuencias extraordinarias e ilimitadas, que justamente son consideradas en lo que dispone la Constitución Nacional en el Artículo citado: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad”.

En el caso, el hecho de que el demandado firmara el Decreto N° 12.288 del 31 de enero de 1996 si bien en principio este acto debe ser considerado solamente como expresión o voluntad de la persona jurídica denominada Estado, del cual el demandado constituía o se desempeñaba como órgano, dicha calificación, cambió radicalmente cuando tanto el Tribunal de Cuentas como la Corte Suprema, declararon irregular de lo resuelto en el Decreto, y ello hace responsable personalmente al funcionario que suscribió el decreto, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Es por ello que la decisión de acoger la excepción de falta de acción, debe ser revocada, ya que el Ministro firmante del Decreto, declarado irregular en su dictamiento, pasa a ser sujeto pasivo de la demanda, conforma al principio consagrado en los Arts. 106 de la Constitución Nacional y 1845 del CC.

Rechazada la excepción de falta de acción, corresponde pasar a estudiar el fondo de la acción resarcitoria, promovida en autos.

Para ello, es necesario determinar la responsabilidad en el caso concreto, es necesario responder a los presupuestos básicos de tal atribución, que consisten en: daño, imputación jurídica del daño y relación de causalidad. El daño consiste en que este debe ser cierto, real y efectivo, de tal forma que de no mediar, la víctima se habría hallado en mejor situación; la imputación jurídica del daño es la atribución a un sujeto determinado el deber de reparar un daño, una vez probada la relación de causalidad, y, la relación de causalidad es la causa-efecto, es el vínculo que existe entre el hecho de la persona y el daño. El daño, pues, debe estar demostrado, deben existir un sujeto pasivo (dañado) y uno activo (dañador) y finalmente, la vinculación entre el hecho y el daño.

En el caso, debemos convenir que el acto administrativo (Decreto N° 12.288 del 31 de enero de 1996), cuyas consecuencias se reclaman, fue objeto de un pormenorizado análisis en los fallos del Tribunal de Cuentas y en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, habiéndose coincidido en que fue emitido en forma irregular al no darse cumplimiento al Artículo 61 del Decreto Ley N°

14.757 vigente entonces para la carrera diplomática y consular. Se ha faltado al principio de legalidad inoperante en el Derecho Administrativo y estando pues el mismo firmado y reconocido por el demandado como de su autoría, no da lugar para otra conclusión más que la de atribuirle la responsabilidad por sus consecuencias.

El Decreto N° 12.288 fue objeto de una demanda por parte del Sr. M. y el Estado se allanó a la misma, aceptando su reincorporación (Ver el Acuerdo firmado y homologado). Con esta decisión del Estado, el mismo emisor del acto confirma su ilegalidad ya que, de no haber considerado así, no habría cumplido con la reincorporación, por iniciativa propia. Tampoco hubiera procedido a presupuestar el pago de los salarios caídos, según se observa en la ejecución cuyas compulsas obran en autos en calidad de pruebas. A diferencia del caso citado por el demandado (caso: “B. Á. G.”. A.I. N° 30 del 09 de febrero de 2011), en el presente no existió sumario ni sanción que cumplir por parte del Sr. M., como se entiende que sucedió en el caso traído a colación por el demandado; el Decreto N° 12.288 que afectó al aquí actor ha sido considerado irregular a no respetar los condicionamientos de las normas que regían el Servicio Exterior, por lo que creemos que no resulta aplicable como procedente para liberar de responsabilidad al demandado.

En el caso, el demandado no ha probado la supuesta condición del dictado del Decreto cuyo pretexto era el del reemplazo del funcionario para potenciar un área de actividades en la Embajada, dando así por terminadas sus funciones no consta en el Decreto ni en antecedente alguno el acta, dictamen o parecer del entonces Tribunal de Calificaciones del Servicio Exterior que así lo aconseje, como exigía el Artículo 15 del Dto. Ley 14.757, en concordancia con el 59 del mismo cuerpo legal vigente entonces.

Por ende, la demanda debe prosperar y hacer lugar a la misma.

En cuanto a la liquidación de sumas y conceptos propuestos por el actor, corresponde distinguir los reclamos patrimoniales y los morales.

En ese sentido analizamos el daño patrimonial que consistió en la pérdida de los salarios como Segundo Secretario.

Se tiene en los autos cuyas compulsas corren por cuerda separada, se adjunta (ejecución de sentencia) que se ha determinado que percibirá sus salarios como Segundo Secretario durante el tiempo en que dejó de laborar hasta su reincorporación, por lo que este rubro no debe ser admitido. Con respecto a

la diferencia del salario entre Segundo Secretario y Primer Secretario, por el hecho de no haber existido el Decreto 12.288, el actor hubiera podido ascender y percibir el salario de Primer Secretario por espacio de cuatro años y sus intereses, es procedente hacer lugar porque conforme a la ley del servicio diplomático vigente al momento de sucedidos los hechos, Decreto Ley 14.757/47 y la posterior, Ley 1.335/99, contienen un programa de ascensos y desempeños regulares en cargos debidamente previstos, como lo tiene cualquier ley que organice una carrera especializada de funcionario público.

Con respecto a los importes de haberes jubilatorios no ingresados a la Caja Fiscal durante el tiempo de habersele negado el derecho a ocupar el cargo como era su derecho hacerlo y siendo ello una parte esencial del salario regular, protegido por la legislación laboral como una conquista del trabajador, corresponde admitir la obligación de resarcimiento, por el intervalo que va desde el 1 de febrero de 1996 al día siguiente del Decreto 1.288, hasta el 10 de enero de 2001, fecha antes de su reincorporación.

En relación a los aumentos de salarios desde febrero de 1996 hasta su reincorporación, surge la obligación de ser admitidos, pues de estos beneficios el actor ha sido privado ilegalmente durante todo ese tiempo, cuyo monto se determinara en la correspondiente ejecución.

En el análisis de los hechos alegados por el actor y cuyo resarcimiento se reclama como daño moral, encontramos que el Sr. M. V. de desempeñarse como Segundo Secretario en la Embajada Nacional de Chile, se quedó sin trabajo con motivo del dictado del acto cuestionado, es decir, se vio frustrado en la continuidad de su actividad laboral especializada cual es la carrera diplomática. Cuando en el año 2000 pudo ser reincorporado lo fue en calidad de "Auxiliar Administrativo", lo cual constituye una ofensa. Es cierto que aceptó tal reincorporación, pero no es menos cierto que es un agravio a su status de funcionario público, profesional abogado y notario, egresado en post grado en dos academias diplomáticas. El escrito y su homologación a los fines de su reincorporación prueban que ha sido así, que ha existido un daño a su carrera y a su personalidad. Por tal motivo encontramos procedente el reclamo por daño moral desde el momento en que los hechos han modificado disvaliosamente su espíritu y su sentir y ha traducido en un modo de estar diferente de aquel en el que se encontraba antes del hecho y de allí, su sanción debe tener un carácter especialmente ejemplarizador (Daño moral, Concepto, Naturaleza Jurídica,

Funciones. “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Responsabilidad Civil por daño moral”. Edgardo Ignacio Saux, Tomo I. pág. 9, La Ley, 2011).

Cabe aclarar que de acuerdo al informe de fs. 208, identificado como VMA-AT/SG/DRH/N° 510/08, que al Sr. M. no se le ha instruido sumario administrativo cuando pasó a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, por no existir causales que puedan dar origen a un sumario. Asimismo, se informa que desde el 31 de marzo de 1996 no ha tenido designaciones para el Servicio Exterior, violándose así lo que disponía ya entonces el Decreto N° 14.757 del 24 de julio de 1946, Artículos 16 y 36, relativos a rotación, traslados y derechos.

Que, en suma con el dictado del Decreto 12.288 y los actos posteriores de omisión del demandado, quedaron afectadas las garantías de estabilidad, derechos a ascensos, traslados y gratificaciones, que son derechos propios del funcionario diplomático. La prueba de tales afectaciones es la reincorporación del funcionario, demanda mediante, resuelta por el Estado, acto con el cual se reconoció por el Estado la ilegalidad de aquel acto.

Por tanto, voto por condenar al demandado a indemnizar al actor tal daño con la suma de Gs. 90.000.000 (Noventa Millones de Guaraníes), con intereses desde la promoción de la demanda al 2,5% mensual.

En resumen, en cuanto al daño material, cuyos montos exactos serán establecidos en la etapa de liquidación, se tiene los siguientes conceptos:

La diferencia del salario entre Segundo Secretario y Primer Secretario, por cuatro años, comenzando a computarse desde el 1 de febrero de 1996 hasta el 31 de enero del año 2000, con sus intereses, desde el primer vencimiento.

Los importes de haberes jubilatorios no ingresados a la Caja Fiscal en beneficio del Sr. G. M. V., durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1996 hasta el 10 de enero del 2001, sobre la base imponible del salario de Primer Secretario.

Los importes que corresponden a 4 años de salario de Consejero, de acuerdo al informe de fs. 204, U\$S 5.936 mensuales, con sus intereses, computándose desde el 11 de enero de 2001 hasta el 10 de enero de 2005.

Los aumentos de salarios desde febrero de 1996 hasta su reincorporación, con intereses desde el 1 de febrero de 1996 hasta el 10 de enero del 2001.

En el rubro de Daño moral: Gs. 90.000.000 (noventa millones de guaraníes), con intereses desde la promoción de la demanda.

Finalmente, con respecto a la demanda subsidiaria, la misma debe ser admitida y operará tal cual lo expresa el Artículo 106 de la Constitución Nacio-

nal que, en caso de insolvencia o insuficiencia del demandado para hacer frente a esta condena, lo que resuelve con la correcta y simple aplicación del principio de economía procesal (Tomo VI, B, Código Civil Comentado, pág. 1114/1115)

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y NERY VILLALBA manifiestan que adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

I. TENER por desistidos a los recurrentes del recurso de nulidad.

II. CONFIRMAR el apartado primero de la sentencia en estudio.

III. REVOCAR el segundo apartado, rechazar la excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa, y en consecuencia, Hacer lugar a la demanda promovida por el Sr. G. M. V., contra L. M. R. B. y en forma subsidiaria contra el Estado Paraguayo, condenando al demandado a abonar al actor los rubros detallados en el exordio de la presente resolución identificados como daño material, cuyos montos finales serán establecidos en el momento de la liquidación, a Gs. 90.000.000, más sus intereses al 2,5% mensual desde la promoción de la demanda, en concepto de daño moral.

IV. IMPONER las costas de ambas instancias al demandado.

V. HACER lugar a la demanda subsidiaria planteada contra el Estado Paraguayo.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes, Nery Villalba.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

\* \* \*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 145

**Cuestión debatida:** *Se analiza la semejanza entre dos marcas y dilucidar si corresponde o no por una de ellas el cese en la utilización de la misma.*

### **DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas.**

Para que la utilización de una frase similar a una marca registrada constituya una verdadera infracción debe cumplirse dos requisitos, según se desprende de la lectura de la ley de marcas: 1) que el signo idéntico o similar sea empleado sobre productos para los cuales se registró la marca; 2) que haya riesgo de confusión o asociación con el titular del registro.

### **DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas.**

El art. 84 inc. e) de la ley de marcas al hablar de confusión se encuentra en concordancia con los conceptos de competencia desleal establecidos en el art. 81 de la misma ley que enuncia: Constituye, entre otros, actos de competencia desleal: a) Los actos susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos.

### **DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas. COMPETENCIA. Competencia desleal. CONVENIO DE PARÍS.**

Puede verse su fuente, el artículo 10 del Convenio de París entiende como acto de competencia desleal: *“actos susceptibles de crear confusión por cualquier medio, que fuere respecto a un competidor, su misma actividad industrial o comercial, su establecimiento o productos”*. Es decir, que para la norma internacional, la confusión debe referirse a un competidor respecto a una misma actividad o los mismos productos.

### **DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas.**

Hay dos tipos de confusión, siendo la primera de ellas la llamada directa, en la cual el comprador adquiere un producto convencido de que está comprando otro; la segunda es la denominada indirecta, que ocurre cuando el comprador cree que el producto que desea tiene origen determinado y en realidad el fabricante es otro.

### **DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas.**

Para la tipificación de la infracción debe darse la confusión sobre los mismos productos o servicios.

**TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 02/10/12. “Sorteos Instantáneo S.A. Otro c/ Esso Standard Paraguay S.A. y Núcleo S.A. s/ Cese de Explotación de Juegos de Azar y Otro” (Ac. y Sent. N°145).**

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. BÁEZ MAIOLA DIJO: por S.D. N° 449 de fecha 26 de mayo de 2003 resolvió: *“NO HACER LUGAR con costas en el orden causado, a la demanda de conocimiento ordinario sobre explotación del sistema o modalidad de juego, promovido por la firma SORTEOS INSTANTÁNEOS S.A. contra las firmas NÚCLEO S.A. y ESSO STANDARD PARAGUAY S.A.; HACER LUGAR con costas a los perdedores, a la demanda de conocimiento ordinario sobre cese de utilización de marca registrada, deducida por el señor M. A. R. contra las firmas NÚCLEO S.A. y ESSO STANDARD S.A. y en consecuencia ORDENAR a las firmas demandadas el cese de toda explotación de la marca RASPE Y GANE; ANOTAR...”* (sic)

La sentencia fue recurrida por todas las partes del juicio. Sin embargo, por A.I. N° 2.674 de fecha 9 de diciembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar la caducidad de la apelación de la parte actora, criterio que no comparto porque a mi entender la instancia es indivisible y la caducidad se da o no contra todas las partes; pero, habiendo el superior dispuesto así, solamente corresponde el estudio de los recursos interpuestos por los demandados.

El Abog. Alberto Rodríguez Alcalá, representante de Núcleo S.A. no interpuso recurso de nulidad y por su parte, el Abog. Diego Troche Robbiani, representante de Esso Standard, no fundamenta el recurso y al no encontrar vicios que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad.

A SU TURNO LOS DRES. PAREDES BORDÓN Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICHIENDO: El Abog. Alberto Rodríguez Alcalá fundamenta sus agravios en dos

partes: 1<sup>a</sup>) la imposición de costas en el orden causado dispuesto en el primer apartado de la sentencia; y 2<sup>a</sup>) el cese de utilización de marca registrada ordenado por el apartado dos.

Respecto al primer agravio sostiene: *“...tres son los fundamentos del Inferior para la imposición de las costas por su orden en dicha acción: 1) una suelta razón fundada para litigar; 2) que sería un caso de cierta manera confuso; y 3) sin olvidar que las demandadas no pidieron autorización a la CONAJZAR. No pudo existir razón fundada alguna para litigar. La misma Ley 1.016/97 define lo que es Lotería Instantánea y lo que es Chance o Combinación Aleatoria...”. “...Los accionantes, explotando un determinado juego de azar (lotería instantánea), gozando de la concesión para ello, conocedores del negocio, no pudieron jamás sanamente confundir este juego de azar con otro”. “En cuanto a que el caso es de cierta manera confuso, tampoco compartimos el criterio del Juez Inferior. La ley define claramente a la Chance o Combinación Aleatoria... Finalmente, como tercer fundamento justificativo para la imposición de costas por su orden, menciona la Resolución recurrida la falta de autorización de la Conajzar. Consideramos, en primer lugar, que ella no es requerida. Además, en caso de que la Conajzar no lo entienda así, es una cuestión que debe ser debatida y dilucidada entre las partes interesadas, los demandados y la Conajzar...” (sic).*

Por su parte, el Abog. Diego Troche Robbiani, en relación a la imposición de costas del apartado uno, manifiesta que el rechazo de la demanda se debió a la propia definición legal, por lo que la parte actora, como concesionaria de la modalidad de juego *Lotería Instantánea* debió conocer la diferencia existente entre los diversos juegos de azar y, por tanto, le corresponde cargar con las costas procesales, dado que la regla está establecida por el art. 192 CPC que las impone a la parte vencida.

Para el *A quo* el caso es confuso y además, dado que las demandadas no solicitaron autorización a CONAJZAR, resolvió imponer las costas en el orden causado.

Ocurre que para la aplicación de la eximición de las costas por facultad que otorga el art. 193 la complejidad del caso o la confusión que puedan tener las partes no es causal de aplicación, pues solamente es admitida cuando la interposición jurisprudencial sobre una ley es ambigua, esto es cuando no hay una tendencia en manifiesta mayoría. Por eso, cuando la ley es clara, siendo la

primera regla de interpretación exegética o textual, no puede hablarse de confusión.

En cuanto a la falta de autorización de las demandadas a la CONAJZAR para la explotación de la promoción o marca explotada, no constituye objeto de estudio en esta Alzada; además, siendo CONAJZAR la única legitimada para dicho reclamo por las vías correspondientes, corresponde imponer las costas a la perdedora en el apartado primero de la sentencia recurrida revocando la decisión de imponerlas en el orden causado.

En segundo lugar, agravia a los demandados el apartado segundo de la sentencia que ha resuelto hacer lugar a la demanda sobre cese de utilización de marca registrada. El Abog. Alberto Rodríguez Alcalá sostiene que “...*en primer lugar no se trata de una marca que distinga un determinado producto que mi parte haya promocionado con dicha marca. La marca Personal es harto conocida y ninguna relación guarda con los servicios de la clase 36, servicios de organización de lotería... No existe confusión posible con los servicios de telefonía celular ofrecidos por mi mandante con los de la lotería instantánea...*” (sic).

Por su parte, el Abog. Diego Troche Robbiani sostiene que su representada “...*no ha vendido, negociado ni comercializado en la promoción realizada ninguno de los productos o artículos amparados por la marca registrada...*” (sic) invocando el art. 10 de la Ley de Marcas N° 1.294/98 que establece que las marcas que se registran con una denominación solamente son válidas para el producto o servicio que en ella se indica, lo cual amerita análisis de la similitud de la marca registrada de propiedad de la parte actora y las expresiones “raspa y gana” inserta en los cartones distribuidos por los demandados. En primer lugar, la Ley N° 1.294/98 ampara al propietario de una marca registrada en su art. 84 como infracción: “*a) Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca, o sobre productos vinculados a los servicios para los cuales se ha registrado la marca, sobre los envases, envoltura, embalajes o acondicionamientos de tales productos... e) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca o al nombre comercial para cualesquiera productos o servicios cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro;...*” (sic)

El A quo dice en su sentencia que al analizar el parecido de dos marcas, la comparación debe hacerse en razón de las similitudes; ahora bien, ¿de qué similitudes se habla?. Para que la utilización de una frase similar a una marca

registrada constituya una verdadera infracción debe cumplirse dos requisitos, según se desprende de la lectura de la ley de marcas: 1) que el signo idéntico o similar sea empleado sobre productos para los cuales se registró la marca; 2) que haya riesgo de confusión o asociación con el titular del registro.

El art. 84 inc. e) de la ley de marcas al hablar de confusión se encuentra en concordancia con los conceptos de competencia desleal establecidos en el art. 81 de la misma ley que enuncia: Constituye, entre otros, actos de competencia desleal: a) Los actos susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos. En afán de esclarecer aún más la interpretación del artículo, puede verse su fuente, el artículo 10 del Convenio de París entiende como acto de competencia desleal: “*actos susceptibles de crear confusión por cualquier medio, que fuere respecto a un competidor, su misma actividad industrial o comercial, su establecimiento o productos*”. Es decir, que para la norma internacional, la confusión debe referirse a un competidor respecto a una misma actividad o los mismos productos.

Según la interpretación mayoritaria, hay dos tipos de confusión, siendo la primera de ellas la llamada directa, en la cual el comprador adquiere un producto convencido de que está comprando otro; la segunda es la denominada indirecta, que ocurre cuando el comprador cree que el producto que desea tiene origen determinado y en realidad el fabricante es otro. (“Derecho Paraguayo de Marcas”, Carmelo Módica, Editorial Aranduara, año 2007, pág. 141).

En el presente juicio, M. A. R. presentó como única prueba el título de marca, lo cual acredita el registro a su favor pero no ha adjuntado cartón alguno o producto en el que se utilice la marca *RASPE Y GANE* para que pueda evaluarse la similitud o confusión potencial con la frase inserta en los cartones de Esso Standard. Sin embargo, a f. 38 del Tomo I de autos, puede notarse como documental un cartón en el que los logos y denominaciones principales son *Esso y Personal* con la aclaración *Gran promo RALLY y, finalmente, la frase Raspa y gana miles de premios instantáneos*.

En estas circunstancias, no se encuentra suficientemente probada la confusión y consecuentemente el perjuicio por una parte y por la otra, además resulta claro que para la tipificación de la infracción debe darse la confusión sobre los mismos productos o servicios, cuando que en el caso particular, los explotados por el actor y los demandados son distintos por lo que corresponde

revocar el apartado dos de la sentencia recurrida, imponiendo las costas a la perdidosa de conformidad a los artículos 192 y 203 CPC.

A SUS TURNOS LOS DRES. PAREDES BORDÓN Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTOS: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR el apartado primero de la S.D. N° 449 del 26 de mayo de 2003 en relación a las costas, imponiéndolas a la perdidosa.

REVOCAR el apartado segundo de la S.D. N° 449 del 26 de mayo de 2003.

COSTAS a la perdidosa.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y María Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 147**

**Cuestión debatida:** Aquí se presenta a examen una cuestión de competencia por razón del fuero o materia; es decir, se encuentra en entredicho si el presente asunto o causa judicial corresponde al conocimiento del fuero civil y comercial, o a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y la segunda cuestión se analiza la procedencia de nulidad sobre un acto irregular.

#### **COMPETENCIA. Cuestión de competencia.**

Ciertas cuestiones de competencia ordinariamente responden al interés u orden público, y como tales, son tanto improrrogables como indisponibles para las partes –vg. Competencia en razón de la materia y competencia en razón del grado–. En este sentido, ello puede –y debe– ser analizado de oficio.

**COMPETENCIA. Competencia material.**

Para determinar la competencia material de los órganos jurisdiccionales –sea civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, etc.– debe atenderse al contenido y naturaleza de la pretensión, esto es, al hecho, relación jurídica o negocio jurídico que fundamenta la pretensión incoada en la demanda.

**COMPETENCIA. Cuestión de competencia. Competencia civil y comercial.**

Los asuntos de este carácter, donde se persigue la nulidad de un título dominial que conlleva la pérdida del derecho de dominio en cabeza de su título –art. 1967 inc. “b” del Cód. Civil–, son de naturaleza eminentemente civil atendiendo la naturaleza de la relación jurídica impugnada: el derecho real de propiedad o dominio.

**COMPETENCIA. Cuestión de competencia. Competencia civil y comercial. Competencia contencioso-administrativa.**

Los contratos de la administración se encuentran excluidos de la competencia del fuero contencioso-administrativo, conforme lo manda el art. 3 inc. “c” de la Ley N° 1462/35, que reserva al conocimiento de los órganos jurisdiccionales del fuero contencioso-administrativo únicamente las resoluciones o actos administrativos individuales que “vulnere un derecho administrativo preestablecido a favor del demandante”.

**LEGITIMACION PROCESAL. COMPETENCIA. Competencia contencioso-administrativa.**

Reiteradamente la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha considerado que los Ministerios, en general, son órganos o dependencias del Estado central y que por lo tanto no tienen una personalidad jurídica distinta de éste en el sentido del art. 91 del Cód. Civ., con la consiguiente imposibilidad de estar en juicio. Salvedad hecha de las demandas contencioso-administrativas que tienen un régimen propio y especial de integración procesal, debido, precisamente, a la naturaleza particular del reclamo –que se dirige contra un acto administrativo concreto emanado de un órgano también concreto– y en las cuales actúa como parte el órgano del que emanó el acto, por razones de economía procesal –evitar sucesivas delegaciones y ordenes de intervención de ida y vuelta en la escala jerárquica- y de inmediatez, es decir el juez debe estar en contacto directo con los hechos y con el o los agentes que produjeron el hecho impugnado. Esta excepción se extiende también, por razones de orden constitucional y de celeridad de los amparos.

**LEGITIMACION PROCESAL. COMPETENCIA. Competencia civil y comercial.**

El Procurador General de la República es quien debe defender los intereses patrimoniales del Estado, es decir, entre otras cosas, deben asumir su defensa en todo tipo de pretensiones que tengan un contenido patrimonial. Siendo el Estado una única persona jurídica, inescindible en su personalidad, la intervención del Procurador en el juicio se hace ineludible.

En el caso de autos, y pese a la enunciación inicial del sujeto demandado, hecha por el actor, se integró la litis debidamente con el Estado Paraguayo, quien actuó en juicio como demandado a través de su representante orgánico constitucional: La Procuraduría General de la República.

**POSESIÓN. Acciones posesorias. Limitaciones al derecho de posesión.**

Las acciones que el ordenamiento jurídico confiere al poseedor de un inmueble son, como su nombre lo indica, de naturaleza posesoria; esto es, se dan o limitan exclusivamente a la defensa de la ocupación que se ejerce sobre la cosa, pero no importan la potestad de plantear acciones petitorias que involucren la transmisión o modificación del derecho de propiedad, cuyo ejercicio requiere de la demostración de un título de adquisición del derecho real de dominio sobre la cosa.

**POSESIÓN. Acciones posesorias. Limitaciones al derecho de posesión. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DOMINIO. Transmisión del dominio.**

Los actores, como poseedores de una parte de la fracción fiscal transferida se encuentran legitimados para promover las acciones pertinentes en defensa de la ocupación que ejercen sobre la cosa; sin embargo, el mero poseedor de un inmueble carece de legitimación para pretender la nulidad del contrato o acto jurídico de transferencia del derecho real de dominio sobre el inmueble ocupado.

**POSESIÓN. Acciones posesorias. Limitaciones al derecho de posesión. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DOMINIO. Transmisión del dominio.**

No podrán ser objeto de los actos jurídicos los hechos que perjudiquen los derechos de terceros. No obstante, dicha prohibición, en cuanto a los derechos de terceros se refiere, no puede extenderse al denominado *ius possessionis* o el

simple hecho de la posesión porque, como vimos, la defensa o protección de la posesión o *ius possessionis* se limita exclusivamente y encuentra suficiente amparo en el ejercicio de las acciones posesorias establecidas en el Libro IV, Título II, Capítulo IV del Código Civil y el Libro IV, Título VIII del Código Procesal Civil. En efecto, el *ius possessionis* está constituido por los derechos que emanan del sustrato fáctico que constituye la posesión. Ya vimos que, esencialmente, los efectos jurídicos de la posesión son: las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir.

**POSESIÓN. Acciones posesorias. Limitaciones al derecho de posesión. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DOMINIO. Transmisión del dominio.**

El mero ejercicio de la posesión u ocupación de un inmueble no puede sustentar la declaración de nulidad de un contrato o acto jurídico de transferencia del dominio respecto de la cosa ocupada; esto es, la calidad de poseedor de un inmueble no confiere legitimación substancial activa para impugnar el acto de transferencia del inmueble en cuestión.

**ESTADO. Bienes del dominio privado del Estado. Inenajenabilidad relativa.**

Se fulmina con la sanción de nulidad a las enajenaciones de los bienes de dominio privado del Estado y de los entes de derecho público realizadas sin la autorización legislativa requerida al efecto —que puede consistir en una autorización legal general o particular-, en razón de que dichos bienes se encuentran fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa.

**ESTADO. Bienes del dominio privado del Estado. Inenajenabilidad relativa.**

**NULIDAD. Nulidad de oficio. ACTOS JURÍDICOS. PRUEBA. Carga de la prueba.**

Si bien el órgano jurisdiccional tiene el deber de declarar de oficio la nulidad cuando aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio, los accionantes omitieron arrimar la escritura pública de transferencia supuestamente realizada.

**ESTADO. Bienes del dominio privado del Estado. Inenajenabilidad relativa. NULIDAD. Nulidad de oficio. ACTOS JURÍDICOS. PRUEBA. Carga de la prueba.**

En esta inteligencia, los accionantes, sobre quienes pesaba la carga de la prueba —art. 249 del Cód. Proc. Civil—, no han acreditado que se haya realiza-

do, efectivamente, la transferencia del bien de dominio privado del Estado antes aludido, por lo que mal podría predicarse que el vicio nulitivo –falta de autorización legislativa previa– aparezca ostensible en el acto jurídico, cuyo instrumento, precisamente, no ha sido arrimado por el nulidicente. Y, por idénticas razones, tampoco puede decirse que el vicio nulificante ha sido comprobado en juicio.

**TApel Civ. yCom. Segunda Sala. 5/10/12. “J. de D. G. y Otros c/ Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de La Tierra (Indert) y Otros S/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 147).**

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores miembros PAREDES BORDÓN, BUONGERMINI PALUMBO, CARMELO CASTIGLIONI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. PAREDES BORDÓN DIJO: La recurrente, parte actora, expresa que la sentencia en recurso, S.D. N° 126 del 18 de marzo de 2011, es nula, señalando que la misma: *“está contaminada por vicios de forma y también por los de fondo, ello es así a raíz de la actitud ladina de las partes, como son la simulación dolosa, el fraude que solo por proceder de los demandados, sino del Juez y funcionarios de las Instituciones del Estado, (Indert, Ministerio de Defensa, y Procuraduría General de la República) que contribuyen el proceso en sí. La sentencia recurrida en cuestiones de forma se halla huérfana de datos indispensables para el estudio que nos ocupa, Ello es así por en el resultando de la sentencia el A-quo está obligado a hacer mención de la partes y relación concisa de las cuestiones sometidas a su decisión, (hecho que no se percibe como se puede apreciar con una rápida lectura de esta parte, en lo referente al Considerando, abarcan las consideraciones por separado de las cuestiones sometidas a la decisión del juez reconstruyen los hechos en base al examen de la prueba producida, (fundamentación fáctica, CONF. Colombo); y una vez esclarecidos los hechos, establece cuál es la norma adecuada a los*

*mismos, interpretándola y fundamentando la razón de su aplicación, (conf. Colombo: fundamentación jurídica). De esta parte de la sentencia debe surgir con claridad los motivos que ha tenido el Juez para formular su opinión, y en ella se encontraran las partes los fundamentos de la decisión adoptada, para poder impugnarla, (el apelante) o sostenerla (el apelado), por ello se considera la parte más importante de la sentencia” (sic).*

Del examen de las partes señaladas por la recurrente, sin embargo se tiene que el A-quo ha reseñado, escuetamente por cierto, pero formulo la reseña, a la que le obliga el Art. 159 del CPC, al establecer, la designación de las partes, y sus pretensiones, así como los actor procesales que se fueron realizando en cuanto hace al juicio principal, para luego pasar a estudiar, los puntos que el mismo considero son los que debían ser analizados, conforme a como quedo trabada la litis, después de la contestación de la demanda.

En cuanto al allanamiento de la codemandada, INDERT, cabe señalar, adelantándonos al estudio de la apelación, que dicho allanamiento, resulta inocuo, ya que en autos se discute cuestiones que hacen al orden público, en consecuencia el mismo carece de efectos, conforme a la regla del Art. 169 del CPC.

Por lo demás, el estudio y consideración que hace el Juez de cada prueba que a su criterio sea relevante y conducente para la dilucidación del caso, es materia propia del recurso de apelación, no del de nulidad.

No advierto que exista en la sentencia recurrida, ninguna violación en cuanto a la estructura o el contenido de la misma, por lo tanto voto por desestimar este recurso.

**ASU TURNO LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO DIJO:** Coincido con los argumentos esgrimidos por el magistrado preopinante para rebatir los argumentos blandidos por la recurrente para sustentar la nulidad del fallo en esta instancia de alzada. Solamente cabe agregar, en relación con los agravios formulados por la recurrente, que el efecto o consecuencia jurídica del allanamiento de una de las partes en un proceso de partes múltiples debe ser examinado en sede de apelación, en razón de que, eventualmente su tratamiento inadecuado constituirá, en su caso, un error *in iudicando del iudex a quo*. Por ende, bajo ningún punto de vista puede sustentarse la nulidad del fallo en la circunstancia de que el juez de la instancia inferior haya desestimado la demanda a pesar de existir allanamiento de uno de los litis consortes pasivos.

Ahora bien, es deber de este Tribunal, de conformidad con los artículos 111, 112, 113 y 404 del Código de Forma, estudiar oficiosamente los requisitos formales y materiales indispensables para la configuración del debido proceso. En este menester se destaca el mandato establecido en el art. 7° del Cód. Proc. Civ., referente a la competencia del juez ante el cual se interpone la acción judicial. La competencia del órgano constituye un requisito formal y esencial tanto para la validez de la sentencia dictada como para la del proceso iniciado.

La competencia, conceptualmente, es la aptitud que tiene un órgano jurisdiccional para entender y decidir en una causa judicial determinada. Esta facultad la otorga la ley, con atribuciones necesarias para cumplir con las funciones jurisdiccionales pertinentes.

Es importante destacar que ciertas cuestiones de competencia ordinariamente responden al interés u orden público, y como tales, son tanto improrrogables como indisponibles para las partes –vg. Competencia en razón de la materia y competencia en razón del grado–. En este sentido, ello puede –y debe– ser analizado de oficio.

Aquí se presenta a examen una cuestión de competencia por razón del fuero o materia; es decir, se encuentra en entredicho si el presente asunto o causa judicial corresponde al conocimiento del fuero civil y comercial, o a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como es sabido, para determinar la competencia material de los órganos jurisdiccionales –sea civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, etc.- debe atenderse al contenido y naturaleza de la pretensión, esto es, al hecho, relación jurídica o negocio jurídico que fundamenta la pretensión incoada en la demanda.

En el caso de marras, los accionantes, J. D. D. G. y N. S.R.L., pretenden frente al INDERT y al Ministerio de Defensa Nacional la declaración de nulidad de título de propiedad N° 208.486, otorgado por el INDERT a favor del Ministerio de Defensa Nacional sobre la fracción fiscal del lugar denominado Saladero-Cue, distrito de Concepción, Departamento de Concepción, inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos como Finca N° 12.525, del Distrito de Concepción, bajo el folio 01 y sgts., en fecha 17 de noviembre de 2006 (vide: fs.25/31, fs.56/58 y fs.83/87). Vale decir, la pretensión nulitiva va dirigida contra un acto jurídico-administrativo bilateral: propiamente un contrato de la administración en virtud del cual se transfirió el dominio sobre tierras fiscales.

Así las cosas, tenemos que los actores pretenden la declaración de nulidad de un contrato o acto jurídico que funge de título de adquisición del derecho real de dominio otorgado por el INDERT a favor del Ministerio de Defensa Nacional. Los asuntos de este carácter, donde se persigue la nulidad de un título dominial que conlleva la pérdida del derecho de dominio en cabeza de su título –art. 1967 inc. “b” del Cód. Civil-, son de naturaleza eminentemente civil atendiendo la naturaleza de la relación jurídica impugnada: el derecho real de propiedad o dominio.

Luego, materialmente, el conocimiento de la pretensión de los actores corresponde a los órganos jurisdiccionales del fuero civil y comercial, conforme con el art. 2° del Cód. Proc. Civ. y el art. 11 del Cód. de Organización Judicial.

En relación con la competencia de lo contencioso-administrativo, es menester señalar que, ciertamente, las resoluciones administrativas emanadas del INDERT que decidan la adjudicación de tierras fiscales a favor de los beneficiarios del Estatuto Agrario, constituyen actos jurídicos administrativos, en razón de emanar del órgano o autoridad administrativa con competencia legal atribuida al efecto, conforme con la Ley N° 1.863/02 y sus leyes modificatorias, y la Ley N° 2.378/04. En efecto, el art. 14, parágrafo 2°, inc. “k” de la Ley N° 2.378/04, establece que son atribuciones y funciones propias del Presidente del Indert: “...k) resolver la adjudicación de tierras y otorgar los títulos de propiedad correspondiente a beneficiarios del Estatuto Agrario, conforme a las normas jurídicas vigentes;...”. Por su parte, respecto de las resoluciones administrativas dictadas por el Presidente del INDERT, el art. 25 de la Ley N° 2.378/04, dispone: “Recurso De Reconsideración. Acción Contencioso-Administrativa. Contra las resoluciones dictadas por el Presidente procederá el recurso de reconsideración dentro del término de diez días hábiles de notificada dicha resolución, debiendo el Presidente expedirse sobre el mismo dentro de los siguientes diez días hábiles. Contra esta resolución podrá plantearse la acción contencioso-administrativa dentro del plazo de diez días hábiles de haber sido notificadas”.

Ahora bien, debemos diferenciar la resolución administrativa que decide la adjudicación de lotes o tierras fiscales, de los contratos suscritos en consecuencia por el INDERT a favor de los beneficiarios del Estatuto Agrario, que generan el título de propiedad en cabeza de los mismos.

En efecto, la materia contencioso-administrativa se encuentra definida, si bien deficientemente, en el art. 3° inc. “c” de la Ley N° 1.462/35, conforme con

el cual la demanda contencioso-administrativa puede deducirse por un particular o por una autoridad administrativa contra la resolución administrativa que “vulnere un derecho administrativo preestablecido a favor del demandante”. Decimos deficientemente, en razón de que el acto administrativo puede lesionar no sólo derechos subjetivos reconocidos a los administrados, sino también vulnerar normas jurídicas que imponen obligaciones, consagrando obligaciones inexistentes o agravándolas.

Como quiera que sea, lo cierto es que, materialmente, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa entender de las resoluciones o actos administrativos individuales que se refieran y afecten a una persona determinada, conforme con el art. 3º inc. “c” de la Ley Nº 1.462/35 y, en el caso particular, el art. 25 de la Ley Nº 2.378/04. Así lo entiende la doctrina nacional: “5. Legitimación del particular demandante (...) Por estas razones es mucho más acertado exigir para la legitimación la titularidad de un *interés personal y directo* y, más concretamente un acto administrativo individual referido a la persona del demandante o a un grupo determinado de personas...” (Villagra Maffiodo, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, Revisión y Actualización Normativa de Javier Parquet Villagra, Servilibro, 2ª Edición, 2008, p. 384).

En el *sub exámine*, como vimos, no se pretende la nulidad de una resolución o acto administrativo individual, sino la nulidad de un contrato de la administración en virtud del cual se transfirió el dominio sobre tierras fiscales a un tercero. El demandante tampoco fue sujeto del acto administrativo que originó la compraventa que está pretendiendo anular. Los contratos de la administración se encuentran excluidos de la competencia del fuero contencioso-administrativo, conforme lo manda el art. 3 inc. “c” de la Ley Nº 1.462/35, que reserva al conocimiento de los órganos jurisdiccionales del fuero contencioso-administrativo únicamente las resoluciones o actos administrativos individuales que “vulnere un derecho administrativo preestablecido a favor del demandante”.

Por último, es deber del Tribunal examinar *ex officio* la existencia de los presupuestos procesales, esto es, de los requisitos necesarios para la constitución válida de la relación jurídico-procesal. Para que exista una *litis* trabada de conformidad con las exigencias del debido proceso, las partes –actora y demandada- deben tener personalidad jurídica y la consiguiente capacidad para actuar en juicio, es decir, la *legitimatio ad processum*, referida la primera a la

existencia de un sujeto de derechos, al “ser persona” de los sujetos procesales, y la segunda a la representación, esenciales ambas a la validez del proceso. En efecto, la capacidad es el presupuesto esencial para ser parte en un proceso y poder efectuar actos jurídicos válidos dentro de él. Como sabemos, el proceso no es más que un conjunto de actos jurídicos, concatenados y coordinados a la obtención de una decisión judicial en un conflicto determinado. Sin capacidad para ser parte, dichos actos procesales no pueden ser válidos; ella constituye una proyección, en el orden procesal, de la capacidad general de derecho. Además de esta capacidad para ser parte, que es de derecho, se debe dar –dentro del proceso- la aptitud para realizar los actos procesales por sí mismos; esta capacidad es una forma de la capacidad de hecho, de obrar, y hace relación con la representación procesal, ya sea legal o voluntaria.

En el caso de marras, la parte actora postuló como parte demandada al “Ministerio de Defensa Nacional en la Persona del Procurador General de la Republica” (sic, f. 34). Ello nos obliga a indagar si la parte demandada –Ministerio de Defensa Nacional– tiene capacidad jurídica suficiente para estar en juicio, esto es, si tiene personalidad jurídica.

Reiteradamente la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha considerado que los Ministerios, en general, son órganos o dependencias del Estado central y que por lo tanto no tienen una personalidad jurídica distinta de éste en el sentido del art. 91 del Cód. Civ., con la consiguiente imposibilidad de estar en juicio. Salvedad hecha de las demandas contencioso administrativas que tienen un régimen propio y especial de integración procesal, debido, precisamente, a la naturaleza particular del reclamo –que se dirige contra un acto administrativo concreto emanado de un órgano también concreto– y en las cuales actúa como parte el órgano del que emanó el acto, por razones de economía procesal –evitar sucesivas delegaciones y ordenes de intervención de ida y vuelta en la escala jerárquica– y de inmediatez, es decir, el juez debe estar en contacto directo con los hechos y con el o los agentes que produjeron el hecho impugnado. Esta excepción se extiende también, por razones de orden constitucional y de celeridad de los amparos.

Así pues, se debe examinar el Decreto N° 4.794/05 “Por el cual se establece la estructura orgánica y funcional del Ministerio de Defensa Nacional”, el cual en su art.2° dispone que el Ministerio de Defensa Nacional es el organismo del Poder Ejecutivo, que tiene como función, la dirección, gestión y ejecución de

la política referente a la defensa nacional, y el desempeño de las funciones administrativas de las Fuerzas Armadas de la Nación” Recordemos que el Cód. Civ. Establece genéricamente quienes son personas jurídicas, para luego concluir que éstas también pueden estar definidas en las leyes especiales. Sin duda, el decreto que establece la estructura orgánica del Ministerio de Defensa Nacional no es una ley en sentido formal, razón por la cual mal podría predicarse que dicho decreto confiera personalidad jurídica independiente del Estado Paraguayo al Ministerio de Defensa Nacional. Así pues, vemos que el Ministerio de Defensa Nacional no es persona jurídica.

Sentado el hecho de la personalidad unitaria del Estado, y la consiguiente imposibilidad de promover demanda contra las divisiones de los poderes u órganos que lo integran, corresponde determinar cuál es la vía que se tiene para los particulares o, en general, las personas reclamen judicialmente los derechos que pueden derivar de las funciones y actuaciones de los órganos del Estado, y, por ende, quién debe o está llamado a contradecir la correspondiente demanda. Y la respuesta nos la brinda la propia Constitución Nacional, en su artículo 246: la Procuraduría General de la República. En efecto, son sus deberes y atribuciones defender y representar, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República. No tan solo los intereses del Poder Ejecutivo; sino los intereses patrimoniales de la República del Paraguay, constituida en Estado unitario a tenor del artículo 1 de la Constitución Nacional. Es así como el Procurador General de la República es quien debe defender los intereses patrimoniales del Estado, es decir, entre otras cosas, deben asumir su defensa en todo tipo de pretensiones que tengan un contenido patrimonial. Siendo el Estado una única persona jurídica, inescindible en su personalidad, la intervención del Procurador en el juicio se hace ineludible.

En el caso de autos, y pese a la enunciación inicial del sujeto demandado, hecha por el actor, se integró la litis debidamente con el Estado Paraguayo, quien actuó en juicio como demandado a través de su representante orgánico constitucional: la Procuraduría General de la República.

Por lo demás, y dado que no se advierten en la sentencia recurrida, vicios o defectos que ameriten el pronunciamiento oficioso de su nulidad, corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto.

A SU TURNO EL DR. CARMELO CASTIGLIONI manifiesta que adhiera a los votos precedentes por sus mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICHIENDO: por la sentencia apelada, S.D. N° 126 de fecha 18 de marzo de 2011, el A-quo resolvió: *“I. No Hacer Lugar; a la excepción de falta de acción opuesta por el Estado Paraguayo, como medio general de defensa, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. II. No Hacer Lugar; a la presente demanda promovida por el Sr. J. D. D. G. y N. E.A.K. contra el I. y el Ministerio de Defensa Nacional – Estado Paraguayo. Representado por la Procuraduría General de La República sobre nulidad de Acto Jurídico, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas en el orden causado”.*

La parte actora apela la sentencia y sus agravios se centran en el apartado segundo y tercero, ya que nada dicen respecto al apartado primero, el cual debe ser considerado como confirmado por dicha razón.

En cuanto a los agravios referidos en el apartado de la apelación, propiamente dichos, del extremo y confuso escrito presentado por la apelante, en el mismo se solicita indistintamente la nulidad o la revocación de la sentencia pretendiendo fundar ello en el Art. 404 del CPC. Señala la apelante que la causa agravio y daño a su representado como la privación de ejercer sus derechos legítimamente adquiridos dentro de la institución INDERT, que se allano a la demanda, dejando en claro que al expedir el título a favor del Ministerio de Defensa perjudica el derecho de terceros, que el lote del actor, se halla en posesión pacífica y de buena fe durante todos estos largos años de ocupación, en lugar que se halla perfectamente ubicado dentro de la fracción Saladero Cué, que según la actora, no son la misma tierra que corresponde a la finca N° 4 que es el asiento del Aeropuerto de la Ciudad de Concepción, y que lo que el mismo reclama es la nulidad de lo que se dio en llamar el contrato de compra venta permuta y que dio origen al título luego inscripto en la Dirección General de Registros Públicos, en fecha 17 de noviembre de 2006 con el N° de Finca 12.525 del Dpto. de Concepción, y por otra parte la base aérea que el Ministerio de Defensa otorga al Indert como parte de pago, resultando ello como un elemento ilegítimo.

Señala la apelante, que el A-quo confunde su pretensión, pues afirma que lo que la actora busca es la titulación de su lote, cuando es sabido que eso corresponde a nivel administrativo realizarlo una vez anulado el acto fraudulento, es decir que se declare la nulidad de título de propiedad N° 208.486 expe-

dido por el INDERT a favor del Ministerio de Defensa Nacional, inscripto en los Registros Públicos como Finca N° 12.525 del año 2006, porque perjudica derechos adquiridos por mi poderdante, y para la declaración de nulidad solicitada, necesariamente deberá anular la transferencia de la Finca 4292 Base Aérea de Capitán Meza, pues dicho acto no fue ordenado por ley del Congreso.

Igualmente la apelante, solicita al final de su memorial, la realización de varias diligencias por parte del tribunal, como el libramiento de oficios al Congreso Nacional, a La Dirección De Registros Públicos, a La Escribanía Mayor del Gobierno, y se tenga por ofrecida la prueba documento, de una nota presentado por la Abogada de la parte actora, al Congreso Nacional.

La Procuraduría General de la República contesta la expresión de agravios de la apelante, en el escrito de fs. 351, señala que: *“la apelante al fundamentar su recurso de apelación, que parece más bien un discurso político, no hace más que repetir en otros términos, la fundamentación del recurso de nulidad, argumentando nuevamente que la sentencia es nula”*. Luego de otras consideraciones, solicita el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia.

En primer término, señalemos que las peticiones respecto al libramiento de oficios formulado por la apelante, deben ser desestimados, en primer lugar para esos libramientos debió haberse petitionado la apertura de la causa a prueba en esta instancia, cosa que no lo ha formulado, y en segundo lugar, aun cuando lo hubiese formulado, resultaría improcedente, ya que los oficios que se solicitan se refieren a cuestiones que ya fueron articuladas en el momento de contestarse la demanda, por ende, no se encuentran entre las exigencias que impone el Art. 430 del CPC, para que sean objeto de prueba en esta instancia, esto es, no son hechos nuevos, ni tampoco son pruebas no practicadas por motivos no imputables al apelante.

Entrando en el estudio del caso, se tiene que se presenta en autos, el actor, a solicitar nulidad del actos y hechos jurídicos, cancelación de escritura pública y reintegración de lote al patrimonio del fisco. El acto jurídico cuya nulidad se solicita, es la expedición del Título N° 208.486 por parte del INDERT a favor del Ministerio de Defensa Nacional que fuera inscripto en los Registros Públicos como Finca 12.525, bajo el folio 1 y sgtes. Del 17 de noviembre de 2006, y en la Municipalidad de Concepción, libro 21, fl.160 del 30 de marzo de 2007.

Fundamenta su demanda, alegando mejor derecho de los actores, J. de D. G. y N.S.R.L., ya que el mismo se encuentra ocupando y tiene solicitada la

fracción fiscal de 13 hectáreas y 5.554 metros cuadrados en el lugar conocido como Salvador Cue, Dpto. de Concepción, y en dicho lugar tiene introducido valiosas mejoras, estando actualmente alambrada y cercada perimetralmente.

Haciendo una síntesis de las causales invocadas como fundamento de la nulidad peticionada por los actores, como ser, el título fue preparado dolosamente en el INDERT, porque no es correcto que ambas instituciones realicen un negocio jurídico anómalo con bienes del estado, que sus representados tienen mejor derecho por estar ocupando el inmueble desde hace muchos años, que en su momento solicitaron la titulación a su nombre, lo que les fue denegada por Resolución N° 1.078 del 8 de octubre de 1996, resolución que dice la actora, fue posteriormente revocada por medio de una acción ante el Tribunal de Cuentas y confirmada por la Corte Suprema de Justicia, según afirma, pero no obra en el expediente copia alguna de esas resoluciones, ni tampoco, por lo menos ante este Tribunal, se observa que se haya agregado las compulsas de dicho juicio, que la tramitación del Expte. 6.073/196, que culminó con el otorgamiento del título cuya nulidad se solicita, y por último, que en dicho acto, el INDERT al tiempo de otorgar el título a favor del Ministerio de Defensa, del inmueble objeto de la litis, recibía en permuta otro inmueble, propiedad del Ministerio de Defensa, situado en el Distrito de Capitán Meza, acto que debió contar, sostiene la parte actora con una aprobación legislativa.

De lo expuesto como pretensión inicial y principal, la nulidad del título N° 208.486, se tiene que dicho título constituye un acto de la administración pública, INDERT, cuya nulidad debe ser solicitada y obtenida en otra instancia que no es precisamente la civil, y una vez declarada dicha nulidad, procederá la cancelación también administrativa por parte del mismo ente, de la inscripción, solicitándola al propio registro, y eventualmente, tendrán los actores la posibilidad de peticionar y titular a su nombre la fracción de terreno que dicen ocupar.

Ello porque si la nulidad deviene de irregularidades administrativas, es la jurisdicción contenciosa-administrativa, la competente para estudiar esas causales de nulidad, ya que los tribunales civiles, se hallan impelidos a declarar la nulidad de los actos jurídicos, solo en los casos enumerados por el Código Civil, ya sea explícita o implícitamente, Art. 355 del CC, siendo las causas por las cuales se pueden declarar la nulidad de un acto jurídico civil, las mencionadas en los Arts. 357 y 358 del CC, ninguna de las cuales, han sido mencionadas, invocadas, ni demostradas por los actores.

El otorgamiento de título de propiedad por parte del INDERT, es un acto jurídico administrativo, para el cual dicha institución se halla suficientemente facultada, Art. 59 de la Ley 1863/2002, y por ende, si se pretende cuestionar la regularidad del mismo, la acción es la contenciosa administrativa, no la nulidad civil.

La decisión del A-quo de rechazar la demanda, se encuentra entonces ajustada a derecho debiendo ser confirmada, así como la imposición de costas por su orden en primera instancia, dado que dicha decisión no fue objeto de recurso.

En cuanto a las costas en esta instancia, no habiendo prosperado el recurso, corresponde aplicarlas a la parte apelante.

En conclusión, voto, por, desestimar el recurso de nulidad, no hacer lugar a la petición de librar oficios, confirmar la sentencia en todas sus partes, e imponer las costas de esta instancia a la perdidosa.

A SU TURNO LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO DIJO: se trata de establecer la procedencia de una demanda de nulidad de título sobre un inmueble, incoada contra el titular registral actual y la entidad INDERT, antecesora dominial de aquella.

En efecto, de la lectura del escrito inicial (fs.34/40) y del memorial de agravios (fs. 340/348), se desprende que los actores, J. D. D. G. y N. S.R.L., pretenden la declaración de nulidad de título de propiedad N° 208.486 otorgado por el INDERT a favor del Ministerio de Defensa Nacional sobre la fracción fiscal del lugar denominado Saladero-Cue, distrito de Concepción, Departamento de Concepción, inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos como Finca N° 12.525, del Distrito de Concepción, bajo el folio 01 y sgts., en fecha 17 de noviembre de 2006, conforme con los títulos de propiedad agregados a fs. 25/31, fs.56/58 y fs.83/87, respectivamente.

Los accionantes, en primer término, sustentan la pretensión nulitiva en la circunstancia de que el título de propiedad otorgado por el Indert a favor del Ministerio de Defensa Nacional afecta legítimos derecho de los actores, que solicitaron la adjudicación de la fracción fiscal de 13 Has. y 5.554 m2 en el lugar conocido como "Saladero Cue", Departamento de Concepción. A este respecto sostienen que el Sr. J. de D. G. conjuntamente con la firma Nanawa SRL tiene la posesión de una superficie o extensión de 13 Has. que se encuentra dentro de las 41 Has. de la fracción fiscal de lugar denominado Saladero-Cue,

del Distrito de Concepción, que fuera transferida por el Indert a favor del Ministerio de Defensa Nacional en virtud del título de propiedad N° 208.486. también refieren que la ocupación de la citada fracción fiscal comenzó en el año 1988, se encuentra totalmente alambrada y cercada perimetralmente e introdujo importantes mejoras, por lo que entiende goza del mejor derecho a la adjudicación y titulación a favor “del Sr. J. D. D. G. o N. S.R.L.”.

Debemos principiar diciendo que las acciones que el ordenamiento jurídico confiere al poseedor de un inmueble son, como su nombre lo indica, de naturaleza posesoria; esto es, se dan o limitan exclusivamente a la defensa de la ocupación que se ejerce sobre la cosa, pero no importan la potestad de plantear acciones petitorias que involucren la transmisión o modificación del derecho de propiedad, cuyo ejercicio requiere de la demostración de un título de adquisición del derecho real de dominio sobre la cosa.

Así, pues, los actores, J. D. D. G. y N.S.R.L, como poseedores de una parte de la fracción fiscal transferida por el INDERT al Ministerio de Defensa Nacional, se encuentran legitimados para promover las acciones pertinentes en defensa de la ocupación que ejercen sobre la cosa; sin embargo, el mero poseedor de un inmueble carece de legitimación para pretender la nulidad del contrato o acto jurídico de transferencia del derecho real de dominio sobre el inmueble ocupado.

Cabe señalar que, ciertamente, el art. 299 inc. “c” del Cód. Civ. establece que no podrán ser objeto de los actos jurídicos los hechos que perjudiquen los derechos de terceros. No obstante, dicha prohibición, en cuanto a los derechos de terceros se refiere, no puede extenderse al denominado *ius possessionis* o el simple hecho de la posesión porque, como vimos, la defensa o protección de la posesión o *ius possessionis* se limita exclusivamente y encuentra suficiente amparo en el ejercicio de las acciones posesorias establecidas en el Libro IV, Título II, Capítulo IV del Código Civil y el Libro IV, Título VIII del Código Procesal Civil. En efecto, el *ius possessionis* está constituido por los derechos que emanan del sustrato fáctico que constituye la posesión. Ya vimos que, esencialmente, los efectos jurídicos de la posesión son: las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir (Mariani de Vidal, Marina, “Derechos Reales”, Tomo I, Zavalía, p. 260).

Así las cosas, tenemos que el mero ejercicio de la posesión u ocupación de un inmueble no puede sustentar la declaración de nulidad de un contrato o

acto jurídico de transferencia del dominio respecto de la cosa ocupada; esto es, la calidad de poseedor de un inmueble no confiere legitimación substancial activa para impugnar el acto de transferencia del inmueble en cuestión.

En cuanto al mejor derecho a la adjudicación y titulación de la fracción ocupada alegado por el “Sr. J. D. D. G. o N. SRL” (sic. f. 35), es menester señalar que la transferencia impugnada del Indert a favor del Ministerio de Defensa fue precedida de resoluciones o actos administrativos individuales emanados del Indert (vide título n°208.486: fs.25/31, fs.56/58 y fs.83/87), sobre las cuales, amén de no haber sido impugnados, este Tribunal carece de competencia para entender sobre su regularidad –o no-, conforme con los arts. 3° inc. “c” de la Ley N° 1.462/35 y art. 25 de la Ley N° 2378/04.

Por lo demás, debemos decir que por Resolución N° 1.078 del 08 de octubre de 1996 (f.16), el Consejo del Instituto de Bienestar Rural desestimó la solicitud de adjudicación de 13 Has. de tierra fiscal presentada por el Sr. J. D. D. G.. Como lo hizo notar el inferior, según las propias manifestaciones de los actores y el escrito agregado a fs., 21, se impugnó la resolución administrativa en sede judicial, pero ulteriormente el impugnante solicitó el archivo del expediente en el Tribunal de Cuentas, lo cual significa que la Resolución N° 1.078 del 08 de octubre de 1996 (f. 16), quedó firme. En consecuencia, respecto del Sr. J. D. D. G., la resolución administrativa que desestimó la solicitud de adjudicación de las 13 Has. de tierra fiscal, quedó firme; mal podría reclamar entonces mejor derecho a la adjudicación y titulación de la fracción de tierra fiscal ocupada.

Lo propio cabe apuntar respecto de la situación de la firma Nanawa SRL, persona jurídica supuesta coposeedora de la fracción fiscal, según las manifestaciones de los actores, vertidas en el escrito inicial. En efecto, Nanawa SRL debió canalizar por la vía puramente administrativa el reconocimiento y eventual reclamo de sus derechos supuestamente vulnerados por las resoluciones administrativas dictadas por la autoridad de aplicación del Estatuto Agrario.

En cuanto al agravio relativo al allanamiento a la demanda formulada por el INDERT (fs. 101/102), corresponde precisar que en un proceso con partes múltiples, como en el caso de autos, el allanamiento formulado por uno de los litisconsortes no tiene entidad de perjudicar a los restantes litisconsortes. En efecto, como enseña Palacio: “1°) Los actos de disposición del objeto procesal realizado por uno o algunos de los litisconsortes (allanamiento, desistimiento,

transacción, conciliación) sólo producen sus efectos normales en la medida en que los restantes litisconsortes adopten la misma actitud. Por lo tanto, y en razón de la indivisibilidad que caracteriza a dicho objeto, aquellos actos sólo pueden traer aparejada la consecuencia de liberar a su autor o a sus autores de las cargas inherentes al ulterior desarrollo del proceso, y de eximirlos de la responsabilidad por el pago de las costas relativas a los trámites realizados sin su intervención, pero no lo excluyen de los efectos de la sentencia, cuyo contenido no puede diferir con relación a los distintos litisconsortes” (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Sujetos del Proceso, 4ª reimpresión, Abeledo-Perrot, p. 215).

En realidad con la pretensión de los actores referida a la declaración oficiosa de la nulidad de la supuesta transferencia realizada sin contar con ley que la autorice, por el Ministerio de Defensa a favor del INDERT respecto de la Finca N°... Base Aérea de Capitán Meza, Dpto. Itapúa, debemos apuntar que constituye un deber del órgano jurisdiccional, tratándose de actos nulos, declarar de oficio su nulidad cuando aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio, conforme con el art. 359 del Cód. Civil.

El art. 357 del Cód. Civil preceptúa: “Es nulo el acto jurídico: (...) b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles;...” Por su parte, el art. 299 del mismo cuerpo legal, preceptúa: “No podrá ser objeto de los actos jurídicos: a) aquello que no esté dentro del comercio; (...). La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto y de igual modo, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravenga lo dispuesto por esta artículo”.

El art. 1896 del Cód. Civil reza que se encuentran en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuesen expresamente prohibida, o no dependiese de una autorización pública. Por su parte, el art. 1897 del Cód. Civ. dispone: “Las cosas están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta o relativa. Son absolutamente inenajenables: (...) Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación”.

De conformidad a los preceptos antes transcritos, se fulmina con la sanción de nulidad a las enajenaciones de los bienes de dominio privado del Estado y de los entes de derecho público realizadas sin la autorización legislativa requerida al efecto –que puede consistir en una autorización legal general o particular–, en razón de que dichos bienes se encuentran fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa.

Ahora bien, como atinadamente lo apuntó el inferior (vide: f.331 vlta.), si bien el órgano jurisdiccional tiene el deber de declarar de oficio la nulidad cuando aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio, los accionantes omitieron arrimar la escritura pública de transferencia supuestamente realizada por el Ministerio de Defensa Nacional a favor del INDERT respecto del inmueble de 692 Has. 7.713 m<sup>2</sup>, 9.474 cm<sup>2</sup>, ubicado en el lugar denominado Edelira 70, Ex Base Aérea, distrito de Capitán Meza, Departamento de Itapúa, a ser desprendido de un inmueble de mayor superficie individualizado como Finca N° 4.262 del Distrito de Capitán Meza.

En esta inteligencia, los accionantes, sobre quienes pesaba la carga de la prueba –art. 249 del Cód. Proc. Civil–, no han acreditado que se haya realizado, efectivamente, la transferencia del bien de dominio privado del Estado antes aludido, por lo que mal podría predicarse que el vicio nulitivo –falta de autorización legislativa previa- aparezca ostensible en el acto jurídico, cuyo instrumento, precisamente, no ha sido arrimado por el nulificante. Y, por idénticas razones, tampoco puede decirse que el vicio nulificante ha sido comprobado en juicio.

Por otro lado, es menester señalar que de la atenta lectura del título de propiedad N° 208.486 (fs. 25/31, fs. 56/58 y fs. 83/87), se desprende que si bien el Ministerio de Defensa, en principio, había solicitado la adjudicación de la fracción fiscal de 41 Has. del lugar denominado Saladero-Cue, distrito de Concepción, Departamento de Concepción, en permuta por otro inmueble de 692 Has. 7.713 m<sup>2</sup>, 9.474 cm<sup>2</sup>, ubicado en el lugar denominado Edelira 70, Ex Base Aérea, distrito de Capitán Meza, Departamento de Itapúa, a ser desprendido de un inmueble de mayor superficie individualizado como Finca N° 4.262 del Distrito de Capitán Meza, en puridad, el Ministerio de Defensa Nacional no transfirió ni se comprometió a transferir la propiedad de parte de la Finca N° 4.262 del Distrito de Capitán Meza a cambio de la fracción de Saladero-Cue transferida por el INDERT al Ministerio de Defensa Nacional, es decir, no se concluyó un contrato de permuta.

En efecto, del título de propiedad N° 208.486 surge que el Ministerio de Defensa Nacional pagó al INDERT por la fracción fiscal de Saladero-Cue únicamente la suma de G.17.553.263, vale decir, pese a que en el instrumento respectivo se alude a una permuta, lo que en verdad se concluyó es un contrato de compraventa entre el INDERT y el Ministerio de Defensa Nacional, en los

términos del art. 773 y sgts. del Cód. Civil. Aquí se hace necesario recordar lo dispuesto por el art. 300 del Cód. Civil: “La calificación jurídica errónea que del acto hagan las partes no perjudica su eficacia, que se juzgará según el contenido real del mismo...”.

De modo que el argumento nulitivo sustentado en la supuesta enajenación sin previa autorización de la Finca N° 4.262 del Distrito de Capitán Meza, deviene absolutamente improcedente.

En cuanto a las costas devengadas en esta instancia de alzada corresponde su imposición a la parte apelante perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. CARMELO CASTIGLIONI manifiesta que adhiere a los votos precedentes por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas, en esta instancia de alzada, a la parte apelante perdedora.

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

Magistrados: Mercedes Buongermini Palumbo, Juan Carlos Paredes, Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

\* \* \*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 84

**Cuestión debatida:** *Certificado de deuda. Securitización.*

### **CERTIFICADO DE DEPÓSITO DE AHORRO. Autenticidad.**

Los certificados de estado de cuentas o deudas son títulos ejecutivos por imperio *legis*, contrariamente a lo sostenido por el *A-quo*. Empero, los mismos no son los instrumentos constitutivos de la obligación de dar sumas de dinero.

La obligación, entendida la misma en sentido estricto, previene al título autogenerado y lo funda; y, por dicho motivo, la certificación no puede encontrarse dissociada de la misma.

### **CERTIFICADO DE DEPÓSITO DE AHORRO. Autenticidad.**

No se puede certificar una obligación de dar sumas de dinero que no existe, así como no se puede emitir un certificado de deudas que no sea el fiel reflejo de la obligación que se certifica.

El proceso de securitización -que no es otra cosa que el análisis de la correspondencia entre la obligación certificada y el certificado- no es una operación que el Magistrado pueda realizar de oficio.

### **JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior. COSA JUZGADA. Cosa juzgada material.**

Conviene poner de resalto que la etiología de los certificados de deudas radica en la necesidad de dotar de un mecanismo eficaz y expeditivo a determinadas Instituciones, a los efectos de que puedan efectivizar el cobro de sus créditos. Naturalmente, el certificado tiene vigencia y efectividad en el juicio ejecutivo, en el que no se produce la cosa juzgada material, por lo que, siempre, para resguardo del deudor ejecutado, queda expedita la vía del juicio ordinario posterior.

### **JUICIO EJECUTIVO. Principios generales. Juicio ordinario posterior.**

Si ambas partes litigaron en igualdad de condiciones, teniendo a su disposición todos los recursos procesales pertinentes, y pese a ello no pudo justificarse la conexión entre las fotocopias de los pagarés presentados y los certificados de deudas ejecutados, no puede más que admitirse esta ejecución.

Esta conclusión también se respalda en la necesidad de no desnaturalizar la esencia de los juicios ejecutivos y los títulos autogenerados. Siendo, por lo tanto, la decisión más atinada declarar la procedencia de esta acción, atendien-

do a que los demandados, a la postre, terminarían facultados para discutir la cuestión planteada en un juicio ordinario con la amplitud del debate que le es propia.

**TApel. Civ.y Com. Cuarta Sala. 30/08/12. Juicio: “Banco Nacional de Trabajadores (En Quiebra) C/ para Export S.A. y otra S/ Juicio Ejecutivo”. (Ac. y Sent. N° 84).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO CONTRARIO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL, Raúl GÓMEZ FRUTOS, y Basilio GARCÍA AYALA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ Dr. MELGAREJO CORONEL DIJO: El recurrente no fundó el recurso de nulidad; y como no se advierten vicios en el fallo en revisión que lo invaliden como acto jurisdiccional y motiven la declaración de nulidad *ex officio*, corresponde declarar desierto este recurso. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los magistrados GÓMEZ FRUTOS y GARCÍA AYALA manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ Dr. MELGAREJO CORONEL PROSIGUIÓ DICIENDO: El representante convencional de la parte actora, Abogado ALFREDO GONZÁLEZ AMARILLA, fundamenta el recurso de apelación en los términos del escrito de fs. 129/132 de autos, y al hacerlo sostuvo, en lo medular, que el Juez admitió, impropiamente, el argumento de los demandados por la vía de la falsedad del título, cuando resulta que en estos autos no se discutió el contenido de los certificados de deudas ejecutados de manera tal a que habilite al Juez a juzgarlo. Señaló, además, que con el razonamiento del *A-quo* no se hizo más que una investigación del origen de la obligación, proceder inadmisibles en este tipo de juicios. Agrega que el plazo de prescripción de la acción intentada es de 10 años, por imperio de lo dispuesto en el artículo 659 inc. e) del Código Civil; y que los pagarés, cuyas fotocopias fueron agregadas, no se vinculan con la obligación

que se reclama. Con estos argumentos peticona la revocación del fallo en revisión.

La co-demandada, Adela Valentina ESTIGARRIBIA DE RUIZ, por derechos propios y bajo patrocinio de abogado; y el abogado Rubén D. FERNÁNDEZ COLOMBINO, representante convencional de PARA EXPORT S.A., contestaron y controvertieron los agravios expuestos por el apelante en los términos del escrito glosado a fojas 135 de autos.

El 31 de mayo de 2012, este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia con la que se llamó autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia y efectuados los controles de veracidad, logicidad, y normatividad, se pasa al análisis de la justicia de lo fallado.

El *A-quo*, para admitir la prescripción alegada por los ejecutados, refirió que es obligación del emisor del título autogenerated acreditar, fehacientemente, la existencia y legitimidad de la obligación que reclama. Dice el mismo que el certificado de deuda no es título ejecutivo *per se*, y que el mismo debe ser completado a los efectos de la promoción de la acción ejecutiva. Por lo demás, validando las copias simples de los pagarés presentados por los demandados, concluyó en la prescripción de la acción intentada.

Al respecto, este Tribunal viene sosteniendo que al ejecutarse un título autogenerated es menester efectuar la securitización del mismo, bajo determinadas condiciones.

Esto es así, dado que los certificados de estado de cuentas o deudas son títulos ejecutivos por imperio *legis*, contrariamente a lo sostenido por el *A-quo*. Empero, los mismos no son los instrumentos constitutivos de la obligación de dar sumas de dinero.

La obligación, entendida la misma en sentido estricto, previene al título autogenerated y lo funda; y, por dicho motivo, la certificación no puede encontrarse dissociada de la misma.

Dicho en términos coloquiales, no se puede certificar una obligación de dar sumas de dinero que no existe, así como no se puede emitir un certificado de deudas que no sea el fiel reflejo de la obligación que se certifica.

Ahora bien, el proceso de securitización -que no es otra cosa que el análisis de la correspondencia entre la obligación certificada y el certificado- no es una operación que el Magistrado pueda realizar de oficio. Reparemos en ello.

Resulta que la Ley Orgánica del Banco Nacional de Trabajadores establece que será “suficiente” que el banco presente, para el cobro de sus créditos por la vía judicial, un certificado firmado por el Presidente y el Gerente Administrativo de la entidad -funciones delegadas en el Síndico de Quiebras-, en el que se mencione el origen del crédito con el importe del débito de capital e intereses.

Como podrá notarse, la ley que rige en la materia no exige, como lo dice el *A-quo*, la necesidad de la justificación *fehaciente* del certificado de deuda, bastando, como quedó visto, la mera mención del origen de la obligación certificada.

Siendo así, si el Banco Nacional de Trabajadores presenta, como justificación para entablar este tipo de acción, únicamente el certificado de deudas, no está haciendo otra cosa que ampararse en lo que dispone su ley orgánica.

No se advierten máculas en este proceder.

Tal es así, que si, *ab initio*, se plantea la exigencia de la justificación del título autogenerado, el mismo, para todos los supuestos, quedaría, lisa y llanamente, desnaturalizado.

En efecto, de admitir este temperamento, por citar algunos ejemplos, las Municipalidades deberían justificar una serie de presupuestos para demostrar la obligación tributaria que certifica; lo mismo pasaría con la Dirección General de Aduanas. También se tendría a las entidades financieras, habilitadas para operar con cuentas corrientes, justificando las partidas del estado de cuenta certificado. Es decir, a la postre, el título autogenerado perdería toda utilidad. Y esto no es lo que se pretendió al regularse esta figura.

Conviene poner de resalto que la etiología de los certificados de deudas radica en la necesidad de dotar de un mecanismo eficaz y expeditivo a determinadas Instituciones, a los efectos de que puedan efectivizar el cobro de sus créditos. Naturalmente, el certificado tiene vigencia y efectividad en el juicio ejecutivo, en el que no se produce la cosa juzgada material, por lo que, siempre, para resguardo del deudor ejecutado, queda expedita la vía del juicio ordinario posterior.

Entonces, en todo este esquema, ¿cómo ingresa al debate la securitización del certificado de deuda, siendo que esta no es una obligación autóctona de este tipo de ejecuciones?

Pues bien, la solución se vincula con la obligación general contenida en el artículo 51 del Código Procesal Civil.

En efecto, resulta que si el deudor, en determinadas condiciones, plantea alguna irregularidad en el respaldo del certificado de deuda, este Conjuez considera que, por el principio de la buena fe procesal –art. 51 del C.P.C.–, el emisor del título no puede ampararse en su ley orgánica para oponerse a la justificación del certificado de deuda, siempre, dentro de los límites del debate propios de este tipo de juicios.

En estas condiciones la securitización del certificado deja de ser una potencial facultad que el ejecutado puede activarla, para convertirse en una obligación en el proceso.

Pues bien, descendiendo a la casuística que se plantea, se advierte que de los argumentos expuestos por el recurrente uno de ellos resulta palmariamente admisible.

En efecto, auscultada la plataforma fáctica procesal, se advierte que el *A-quo*, al hacer efectivo el apercibimiento dispuesto en estos autos, en los términos del Art. 305 del C.P.C., validó las copias simples de los pagarés que fueran presentados a fojas 32 al 34.

Consideró, además, que la obligación certificada se respalda en dichos instrumentos, cuyas fechas de exigibilidad denotan la prescripción de la acción intentada.

Sobre este punto el apelante, específicamente, refiere que yerra el *A-quo* al admitir una conexión entre los certificados de deudas presentados y dichos pagarés.

Al respecto, este Preopinante no puede más que compartir esta crítica, dado que ninguno de los pagarés presentados ofrece algún elemento válido para vincularlos con la obligación certificada.

El único elemento que podría permitir una vinculación entre el certificado de deudas y uno de los pagarés es un “agregado”, escrito a mano, en la “fotocopia” presentada, en el que se lee: “PRÉSTAMO N° 04980148/7” (vide fs. 32).

Empero, nítidamente, se observa que se trata de un agregado en la fotocopia, como ya se dijo, por lo que se perdería toda seriedad si se la admite como perteneciente al original.

Pues bien, en estas condiciones, resulta perfectamente admisible la hipótesis de que los pagarés, cuyas copias fueron presentadas por los accionados, hayan sido signados por los demandados en respaldo de una obligación distinta a la ejecutada.

Y como esta hipótesis resulta admisible, resulta claro que la conexión efectuada por el *A-quo* entre los pagarés glosados a fojas 32 al 34 y los certificados de deudas puede no encontrarse conciliada con la verdad, cuestión que sólo se podría debatir en otro tipo de juicio.

Como se dijo con anterioridad, es obligación del actor colaborar con la administración de justicia para la securitización del certificado de deudas, empero también es obligación de los demandados activar todos los resortes necesarios para que este menester pueda llevarse a cabo.

Entonces, si ambas partes litigaron en igualdad de condiciones, teniendo a su disposición todos los recursos procesales pertinentes, y pese a ello no pudo justificarse la conexión entre las fotocopias de los pagarés presentados y los certificados de deudas ejecutados, no puede más que admitirse esta ejecución.

Esta conclusión también se respalda en la necesidad de no desnaturalizar la esencia de los juicios ejecutivos y los títulos autogenerados. Siendo, por lo tanto, la decisión más atinada declarar la procedencia de esta acción, atendiendo a que los demandados, a la postre, terminarían facultados para discutir la cuestión planteada en un juicio ordinario con la amplitud del debate que le es propia.

Por tanto, en base a las consideraciones expuestas, no cabe más que revocar el fallo en revisión, rechazando la prescripción alegada, y disponiendo se lleve adelante esta ejecución por el capital reclamado e intereses. En cuanto a las costas, de conformidad a los artículos 192 y 203 inc b) del Código Procesal Civil, corresponde que las costas de ambas instancias sean soportadas por los demandados. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los magistrados GÓMEZ FRUTOS y GARCÍA AYALA manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial CUARTA Sala de la Capital,

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 503 del 19 de julio de 2010, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital, Secre-

taría N° 12, por los argumentos y con los alcances expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas a los demandados.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García.

Ante mí: Mónica Reguera Rolón, Actuaría Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 85**

***Cuestión debatida:*** *Es un juicio en donde se pretende cobrar pagarés, pero el monto que exige el accionante es menor.*

#### **JUICIO EJECUTIVO. PAGARÉ.**

Si el titular del crédito decide demandar por un valor inferior al consignado en el título, así sea porque renuncia gratuitamente a parte de su crédito, puede hacerlo sin reparo alguno, dado que no se trata de un derecho sobre el cual esté interesado el orden público.

#### **JUICIO EJECUTIVO. PAGARÉ.**

Al suscribirse un pagaré por un monto determinado, se está dotando al poseedor o titular del mismo el derecho a reclamar el cobro "hasta" la suma consignada. El título circulatorio da cobertura a la acción ejecutiva hasta el monto del mismo, lo que no puede significar que poseedor del título deba demandar, necesariamente, dicho monto. A lo que se encuentra impedido, lógicamente, es a demandar por un monto mayor a su crédito.

**TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 30/08/12 "Banco Continental S.A.E.C.A. c/ P.B.C. S/ Acción Ejecutiva" (Ac. y Sent. N°85).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO CONTRARIO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl GÓMEZ FRUTOS, Basilio GARCÍA AYALA, y Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO GÓMEZ FRUTOS DIJO: El nulidicente no fundó el recurso de nulidad, y como no se observan vicios formales en el fallo en revisión que ameriten la declaración de nulidad *ex officio*, corresponde declarar desierto este recurso. ASI VOTO.

A SUS TURNOS, los señores miembros GARCÍA AYALA y Dr. MELGA-REJO CORONEL manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO GÓMEZ FRUTOS PROSIGUIÓ DICIENDO: A fojas 57/60 de autos, el recurrente, ya citado, expresó agravios contra el fallo en revisión. Al hacerlo, sostuvo, en lo medular, la sentencia apelada es injusta dado que el actor reclama el saldo insoluto de un crédito sin justificar cómo llegó al monto reclamado. Dice el apelante que, claramente, la Jueza soslayó lo dispuesto en el artículo 441 del Código Procesal Civil al admitir la ejecución de una deuda ilíquida, y que el actor no atinó siquiera en justificar como llegó al monto reclamado, siendo que el pagaré presentado consigna una deuda mayor a la ejecutada. Con estos argumentos se solicita la revocación del fallo en revisión.

El abogado Marcelo Codas Fontanilla, representante convencional de Banco Continental S.A.E.C.A., solicitó se declare desierto el recurso en estudio y, en subsidio, contestó y controvertió los agravios expuestos por el recurrente señalando que el demandado realizó pagos a cuenta de la deuda ejecutada, y que no existen reparos en que se ejecute un pagaré por un valor inferior al consignado en el mismo. Finaliza su presentación solicitando la confirmación de la sentencia apelada.

Este Tribunal, mediante la providencia de fecha 08 de mayo de 2.012, clausuró el debate en Instancia de Revisión llamando autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Surge claro que no corresponde declarar desierto el recurso en estudio, puesto que el apelante, entre otras cosas, criticó el fallo aduciendo que la jueza interpretó erróneamente, o lisa y llanamente no aplicó, el artículo 441 y concordantes del Código Procesal Civil. Esta crítica, *per se*, impide admitir la petición del contestatario de este recurso.

En estas condiciones; habiéndose efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad; se pasa al análisis de la justicia de lo fallado.

Al oponer excepciones, el demandado sostuvo que el pagaré presentado consigna un monto mayor al ejecutado, por lo que el mismo resulta inhábil.

La *A-quo* rechazó la inhabilidad pretendida por considerar que la situación apuntada no representa un apartamiento de las previsiones contempladas en el artículo 448 y concordantes del Código Procesal Civil.

El apelante, por su parte, criticó este razonamiento señalando que no se tuvo en cuenta que el pagaré presentado no contiene una deuda líquida, por lo que, su ejecución no resulta viable. Con respecto al rechazo de la excepción de nulidad, el recurrente no formuló ninguna crítica.

Pues bien, la obligación de dar cantidad líquida de dinero surge de manera incuestionable del pagaré a la orden, glosado a fojas 10 de autos.

Si el titular del crédito decide demandar por un valor inferior al consignado en el título, así sea porque renuncia gratuitamente a parte de su crédito, puede hacerlo sin reparo alguno, dado que no se trata de un derecho sobre el cual esté interesado el orden público.

Al suscribirse un pagaré por un monto determinado, se está dotando al poseedor o titular del mismo el derecho a reclamar el cobro "*hasta*" la suma consignada. El título circulatorio da cobertura a la acción ejecutiva hasta el monto del mismo, lo que no puede significar que poseedor del título deba demandar, necesariamente, dicho monto. A lo que se encuentra impedido, lógicamente, es a demandar por un monto mayor a su crédito.

Siendo así, no caben dudas del que el fallo en revisión debe ser confirmado. En cuanto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil, las mismas deberán ser soportadas por el apelante. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial CUARTA Sala de la Capital,

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, por los argumentos expuestos en el considerando de esta resolución, la S.D. N°: 866 del 12 de diciembre de 2.011, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimotercer Turno de la Capital, Secretaría N° 26.

IMPONER las costas de esta Instancia al apelante.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García.

Ante mí: Mónica Reguera Rolón, Actuaría.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 479**

**Cuestión debatida:** *Se constata que el Juez Silvino Delvalle Ramírez se excusa de entender en estos autos por haber sido recusado por el Abogado Gilberto C. Rivas Ferreira en otro juicio que se tramita ante el juzgado a su cargo, hecho que no puede motivar su excusación para entender en estos autos, porque dicha causal no está establecida en ningún inciso del Art. 20 del C.P.C., y además no fundamentó en forma, cuales son los motivos graves de decoro y delicadeza, previstos en el Art. 21 del citado código que menciona como causal de excusación.*

#### **EXCUSACIÓN. Impugnación de la excusación.**

Se constata que el juez se excusa de entender en estos autos por haber sido recusado por el Abogado en otro juicio que se tramita ante el juzgado a su cargo, hecho que no puede motivar su excusación para entender en estos autos, porque dicha causal no está establecida en ningún inciso del Art. 20 del C.P.C., y además no fundamentó en forma, cuales son los motivos graves de decoro y delicadeza, previstos en el Art. 21 del citado código que menciona como causal de excusación, por lo que podemos afirmar que corresponde hacer lugar a la impugnación formulada por el Juez de igual clase y jurisdicción.

**TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 31/08/12. Juicio: “A. B. M. y Otra s/ Sucesión” (A. I. N° 479).**

VISTA: La impugnación de fecha 20 de junio de 2012, de fs. 270 de autos presentado por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Tercer Turno, Abogado Miguel A. Rodas contra la excusación del juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Segundo Turno, abogado Silvino Delvalle Ramírez de fecha 25 de abril de 2012, de fs. 269, y

CONSIDERANDO: Que por providencia de fecha 25 de abril de 2012, de

fs. 269, el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Segundo Turno, abogado Silvino Delvalle Ramírez, se separa de entender en el juicio mencionado y remite el expediente al de Juzgado de Igual Clase y Jurisdicción del Tercer Turno, que posteriormente impugna la mencionada excusación y remite a la Mesa de Entrada de Tribunales de Apelación, en fecha 20 de junio de 2012, donde se procedió al sorteo correspondiente en la misma fecha, y como resultado del mismo se remitió a este Tribunal el 25 de Junio del mismo año, donde se dictó la providencia de fecha 11 de julio de 2012, de fs. 270 vlto., que dispone “AUTOS PARA RESOLVER”.

El juez Silvio Delvalle Ramírez, manifiesta en providencia de fs. 269: “Notando el proveyente que el abogado Gilberto C. Rivas Ferreira ha recusado con causa, en otro juicio tramitado por ante este mismo Juzgado, sepárome de seguir entendiendo en estos autos por decoro y delicadeza y pásense los mismos al Juzgado que sigue en turno. Dése cumplimiento a la Acordada N° 30/90, de la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

El juez impugnante expresa que: “El citado colega se ha excusado de entender en dicho proceso, invocando el artículo 21 del C.P.C., al ser recusado con expresión de causa en otro juicio por el Abogado Gilberto Rivas”.

Sigue expresando: “En este sentido el Art. 22 del Código Procesal Civil expresa: OBLIGACIÓN DE MANIFESTAR LA CAUSA DE LA EXCUSACIÓN. El juez deberá manifestar siempre circunstanciadamente la causa de la excusación. Si no lo hiciere, o si no fuere legal la invocada, el juez o conjuez reemplazante deberá impugnarla, pasando directamente el incidente de superior, quien lo resolverá sin sustanciación en el plazo de cinco días”.

“Este Juzgado sostiene que la causal de excusación alegada –motivos graves de decoro y delicadeza establecidos en el Art. 21 C.P.C.– no puede fundarse solo en el hecho de haber sido excusado con expresión de causa EN OTRO JUICIO. Ello, es así, ya que la Ley 3.759/2009 establece claramente, que la invocación de dicha norma, debe fundarse en motivos serios y graves, debidamente sustentados, situación que no ha sido justificada en autos”.

Al iniciar el estudio de tema sometido a consideración del Tribunal, se constata que el juez Silvino Delvalle Ramírez se excusa de entender en estos autos por haber sido recusado por el abogado Gilberto C. Rivas Ferreira en otro juicio que se tramita ante el juzgado a su cargo, hecho que no puede motivar su excusación para entender en estos autos, porque dicha causal no está estable-

cida en ningún inciso del Art. 20 del C.P.C., y además no fundamentó en forma, cuales son los motivos graves de decoro y delicadeza, previstos en el Art. 21 del citado código que menciona como causal de excusación, por lo que podemos afirmar que corresponde hacer lugar a la impugnación formulada por el Juez de igual clase y jurisdicción que le sigue en orden de turno, a quien remitió los autos al excusarse de seguir entendiendo en los mismos.

Conforme a las constancias de autos, a las consideraciones que anteceden y a la disposición legal procesal citada, llegamos a la conclusión expuesta en el párrafo que antecede.

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la impugnación planteada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Tercer Turno, abogado Miguel A. Rodas, contra la excusación del juez de Igual Clase y Jurisdicción del Segundo Turno, abogado Silvino Delvalle Ramírez, conforme a las fundamentaciones expuestas en el exordio de la presente resolución.

DISPONER la remisión de estos autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Segundo Turno, para la prosecución de los trámites correspondientes.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica Ramona Reguera Rolón, Actuaría Judicial.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 485**

**Cuestión debatida:** *Se analiza la procedencia de una recusación con expresión de causa.*

**RECUSACIÓN. Recusación con causa.**

Con respecto a las constancias obrantes en autos creemos conveniente señalar algunas irregularidades procesales, que si bien no demuestran la causal invocada por el recusante, le puede motivar dudas sobre la imparcialidad con que debe actuar el Juzgador.

**RECUSACIÓN. Recusación con causa.**

Los hechos que se sucedieron en la tramitación de este juicio, que acabamos de mencionar, si bien no demuestran que el juez ha incurrido en la causal de recusación invocada por el recusante, a los efectos de dar tranquilidad y permite el ejercicio de su derecho a la defensa en juicio, creemos conveniente hacer lugar a la recusación con expresión de causa que plantea y en consecuencia disponer la remisión de estos autos al juez de igual clase y jurisdicción que sigue en orden de turno, para proseguir con los trámites procesales pertinentes, porque las recusatorias no son taxativas y de interpretación restrictiva, existiendo un interés social en evitar la intervención de jueces sospechosos, poniendo en vigencia los valores jurídicos de poder y de paz, sin que se ponga en duda la honorabilidad del Juez recusado con expresión de causa.

**RECUSACIÓN. Recusación con causa.**

Se deduce que la causal invocada se relaciona con las actuaciones del juez de la causa en los autos –ut supra– mencionado. Es jurisprudencia constante y uniforme de éste Tribunal que “los vicios procesales y los errores de hecho y de derecho de las resoluciones, en que puede incurrir el Juez, no constituyen causas de recusación, pudiendo sí, dar lugar a los recursos correspondientes” (Voto minoría Dr. Melgarejo).

**Tapel Civ. y Com. Cuarta Sala. 05/09/12. Juicio: “Recusación con Expresión de Causa Promovida por el Señor G. A. R. P. en el expte: “Compulsas del Expediente: “H. Agro Ganadera S.A. c/ G. A. R. P. s/ Ejecución Hipotecaria. (A. I. N° 485).**

VISTA: La recusación con expresión de causa planteada por el Señor G. A. R. P., por derecho propio, bajo patrocinio de abogado LUISA. PERALTA VEGA, contra el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Duodécimo Turno, Abogado ENRIQUE MONGELÓS AQUINO, y

**CONSIDERANDO:**

Que, en el mencionado escrito el recusante plantea incidente de nulidad de actuaciones por los hechos que se sucedieron en la tramitación del juicio promovido en su contra por la parte actora referidos en el mismo; también recusación con expresión de causa contra el juez interviniente alegando que el mismo incurrió en las causales previstas en la ley procesal que invoca en su

presentación, manifestando lo siguiente: “Recusar Con Expresión De Causa: Debido a las actuaciones del Juzgado, debidamente individualizadas precedentemente, vengo a recusar con expresión de causa al juez Dr. Enrique Mongelós Aquino, en base a lo establecido en los arts. 20, inciso b) interés y parcialidad manifiesta en el pleito y 21 del C.P.C.”

Por proveído, de fs. 64, de fecha 05 de Junio de 2012 el Juez recusado dispone la remisión de informe a éste Tribunal de Apelación Civil y remite los autos al Juzgado que le sigue en orden de turno para continuar con la substanciación de este juicio.

En el informe, de fs. 65, de fecha 05 de junio de 2012, remitido a la Mesa de Entrada Tribunal de Apelación Civil, el juez recusado menciona las razones invocadas por el recusante, y al respecto expresa: “...Manifiesto categóricamente que no me hallo incluido con ninguna de las partes ni con sus abogados en ninguna causal de excusación prevista por los artículos 20 y 21 del Código Procesal Civil, no teniendo además ningún tipo de interés en el pleito, que no sea el de cumplir con mi deber de administrar justicia...”.

Sigue manifestando:

“...Que, se niegan cada uno de los hechos denunciados por el recusante, manifestando que las actuaciones procesales se han realizado dentro de las normas del debido proceso, tomando en consideración los pedidos solicitados por cada una de las partes intervinientes. No existe indefensión procesal, ni parcialidad alguna a favor de una de las partes, ni vicio procesal, que amerite la recusación deducida”.

A continuación, sigue manifestando:

“...La recusación con expresión de causa planteada por el señor G. A. R. P., carece de fundamento, correspondiendo su rechazo. No existe interés de ninguna clase de mi parte en este litigio, el recusante no ha aportado ni un solo elemento de juicio que permita concluir que me halla yo incurso en alguna causal de excusación prevista por la ley procesal, y menos en la que invoca...”.

“...Para concluir, el señor G. R. P., ha presentado una recusación que no tiene fundamentos que la sustentan. No ha probado ni intentado probar sus afirmaciones, remitiéndose simplemente a las actuaciones del Juzgado individualizadas en el escrito en el cual plantea un incidente de nulidad de actuaciones...”.

El referido informe fue recepcionado en la Mesa de Entrada de Tribunales de Apelación Civil, en fecha 08 de junio de 2012, según consta en el cargo, de fs.

65 vlto, donde la misma fecha se realizó sorteo correspondiente y como resultado del mismo, el expediente fue remitido a éste Tribunal en fecha 18 de junio de 2012, donde se dictó la providencia de fecha 02 de Julio de 2012, de fs. 66 vlto., que dispone: “AUTOS PARA RESOLVER”.

Para resolver la recusación con expresión de causa planteada por el demandado contra el Juez interviniente, corresponde efectuar el análisis de las causales invocadas por el recusante, la posición asumida al respecto por el Juez recusado en el informe remitido al Tribunal y también las constancias obrantes en el expediente.

En cuanto a lo invocado por el recusante como causal, lo previsto en el Art. 20 inc. b) del Código Procesal Civil, se observa que el mismo no demostró como estaba obligado a hacerlo, refirió irregularidades procesales que se dieron en autos que refiere en su escrito en el que plantea incidente de nulidad de actuaciones y la recusación en estudio; y el juez recusado por su parte, en el informe remitido al Tribunal, negó en forma categórica la existencia de la causal invocada por el recusante.

Con respecto a las constancias obrantes en autos creemos conveniente señalar algunas irregularidades procesales, que si bien no demuestran la causal invocada por el recusante, le puede motivar dudas sobre la imparcialidad con que debe actuar el Juzgador.

En ese sentido cabe mencionar que en los términos del escrito, de fs. 47/48, presentado por derecho propio, bajo patrocinio de Abogado, en fecha 03 de abril 2012, el señor G. A. R. P. opone Excepción de Inhabilidad de Título contra la ejecución promovida en su contra, según cargo obrante, a fs. 48 vlto., del que no se corrió traslado a la parte actora.

Sin embargo, a fs. 49/50, está agregado el escrito presentado en fecha 17 de abril de 2012 por el representante convencional de la parte actora en el que contesta el traslado que no se le corrió, y solicita el rechazo de la referida excepción, y se lleve adelante la ejecución, que motivó el proveído de fecha 19 de abril de 2012, de fs. 50 vlto., que dispone: “...Téngase por contestado el traslado en los términos del escrito que antecede. Llamar autos para sentencia”.

Posteriormente se dictó la S. D. N° 285 de fecha 25 de abril de 2012, de fs. 51/52, que resolvió: “...RECHAZAR, con costas la excepción de Inhabilidad de Título y Prescripción opuestas por la parte demandada, G. A. R. P... y LLEVAR ADELANTE, con costas, la presente ejecución...”, cuya notificación al

demandado no consta en autos, y sin embargo la parte actora en los términos del escrito, de fs. 58, presentado en fecha 09 de Mayo de 2012, solicita venta en pública subasta del inmueble propiedad del ejecutado que motivó el proveído de fecha 11 de Mayo de 2012, de fs. 58 vlto, que hizo lugar al pedido formulado por el representante convencional de la parte actora.

Las referidas circunstancias motivaron que el demandado planteara incidente de nulidad de actuaciones y la recusación en estudio en los términos del escrito de fs. 59/60 presentado en fecha 28 de mayo de 2012 por derecho propio, y bajo patrocinio de abogado.

Los hechos que se sucedieron en la tramitación de este juicio, que acabamos de mencionar, si bien no demuestran que el Juez ha incurrido en la causal de recusación invocada por el recusante, a los efectos de dar tranquilidad y permite el ejercicio de su derecho a la defensa en juicio, creemos conveniente hacer lugar a la recusación con expresión de causa que plantea y en consecuencia disponer la remisión de estos autos al Juez de Igual Clase y Jurisdicción que sigue en orden de turno, para proseguir con los trámites procesales pertinentes, porque las recusatorias no son taxativas y de interpretación restrictiva, existiendo un interés social en evitar la intervención de jueces sospechosos, poniendo en vigencia los valores jurídicos de poder y de paz, sin que se ponga en duda la honorabilidad del Juez recusado con expresión de causa.

VOTO en disidencia del Dr. Eusebio Melgarejo.

Del texto de la recusación se deduce que la causal invocada se relaciona con las actuaciones del juez de la causa en los autos –up supra- mencionado. Es jurisprudencia constante y uniforme de éste Tribunal que “los vicios procesales y los errores de hecho y de derecho de las resoluciones, en que puede incurrir el Juez, no constituyen causas de recusación, pudiendo sí, dar lugar a los recursos correspondientes”. Consecuentemente la recusación planteada deviene improcedente. ES MI VOTO.

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

RESUELVE:

HACER LUGAR, a la recusación con expresión de causa planteada por el señor G. A. R. P., contra el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Duodécimo Turno, y en consecuencia.

DISPONER la remisión de autos al Juzgado de origen, para la prosecu-

ción de los trámites pertinentes, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala.

Ante mí: Mónica Ramona Reguera Rolón, Actuaría Judicial.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 505**

***Cuestión debatida:*** *Se analiza la admisibilidad de la prueba de la absolución de posiciones de una persona jurídica.*

**PRUEBA DE CONFESIÓN. Absolución de posiciones.**

Cuando se trata de persona jurídica, la noma no incluye condición alguna, por lo que, notando el acápite de ambas es obvio que cada tipo de persona tiene tratamiento propio, siendo la de esta la mera designación, mientras que la de la persona física, para quien se reserva la condición de ser personal, puede obviarla, expidiendo para ello poder especial y expreso consentimiento de la adversa.

**PRUEBA DE CONFESIÓN. Absolución de posiciones.**

La persona jurídica puede absolver sin atenerse a las condiciones que son reservadas para las personas físicas.

**PRUEBA DE CONFESIÓN. Absolución de posiciones.**

La tan mentada “reina de las pruebas” como –a nuestro criterio erradamente– se califica a la absolución de posiciones, carece en absoluto condición de tal, pues lo que hace la sociedad, directivos mediante, para evitar que comparezca persona con conocimiento del hecho debatido, es designar a un tercero, habitualmente representante legal para asuntos judiciales quien al momento de los hechos, muchas veces, ni ligado profesionalmente a la misma se encontraba, por lo que al expedirse por la negativa, como inexorablemente lo hace, ni siquiera incurre en conducta mendaz.

**TApel C. y C. Cuarta Sala. 11/09/12. Juicio: “Compulsas Del Expte: M. D. C. P. c/ F. A. S.A. (FRIASA) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual”. (A.I. N° 505).**

VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fs. 248 de autos, por la Sra. M. del C. P., bajo patrocinio de Abogado, contra el rechazo de la oposición planteada por su parte en contra del acto de Absolución de posiciones obrante a fs. 248 de autos, y,

**CONSIDERANDO:**

**NULIDAD:** Este recurso no fue interpuesto, ni tampoco fue concedido por la Jueza de grado inferior, sin embargo, es sabido que el recurso de nulidad se encuentra implícito en el de apelación, pudiendo esta Alzada estudiarla de oficio conforme lo dispone el Art. 405 del C.P.C. y como no se observan vicios o defectos en el procedimiento que ameriten su estudio, corresponde declararlo desierto.

**APELACIÓN:** El representante convencional de la parte actora, abogado José Gaspar Gómez Fleytas, se alza contra el rechazo de la oposición planteado por su mandante en contra del acto de Absolución de posiciones a la firma demandada, y fundamenta su apelación en el escrito de fs. 250/253. En lo medular, el agravio principal del recurrente se centra en que su parte no ha consentido la absolución de posiciones de la firma demandada, por medio de su representante convencional abogado Luis Fernando Canillas, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 279, última parte, del C.P.C. Finaliza solicitando la revocatoria del fallo impugnado.

A fs. 255/263 de autos, el abogado Luis Fernando Canillas, contesta el traslado del escrito de fundamentación de recursos del recurrente, rebatiendo los argumentos esgrimidos por el mismo, solicitando al Tribunal el rechazo, con costas, de los recursos interpuesto.

Corresponde a esta Alzada, establecer si la oposición realizada en contra de la prueba de absolución de posiciones, fue rechazada conforme a derecho.

Es hora –desde mucho antes de ahora, entonces sigue siendo hora– que interpretemos al proceso lo que pretende y debe ser: una herramienta eficaz para sanear la percepción de los hechos y llegar a la verdad real.

En el caso, la demandada es una persona jurídica, quien obviamente no puede comparecer.

El art. 283 del C.P.C., dice: “...*Absolución de persona jurídica. La persona*

*jurídica, citada para absolver posiciones, designara al representante que habrá de absolverlas en su nombre”.*

Esto es así, pues el art. 279 –op. id.– refiere al: “*Carácter personal de la absolución. Las partes deberán absolver posiciones personalmente. Podrán hacerlo por medio de mandatarios con poder especial, si la otra parte lo consintiere...*”.

En el primer caso, cuando se trata de persona jurídica, la noma no incluye condición alguna, por lo que, notando el acápite de ambas, es obvio que cada tipo de persona tiene tratamiento propio, siendo la de esta la mera designación, mientras que la de la persona física, para quien se reserva la condición de ser personal, puede obviarla, expidiendo para ello poder especial y expreso consentimiento de la adversa.

Luego; la persona jurídica puede absolver sin atenerse a las condiciones que son reservadas para las personas físicas.

Obiter debemos señalar, como ya lo hiciéramos con anterioridad, que la tan mentada “reina de las pruebas” como –a nuestro criterio erradamente– se califica a la absolución de posiciones, carece en absoluto condición de tal, pues lo que hace la sociedad, directivos mediante, para evitar que comparezca persona con conocimiento del hecho debatido, es designar a un tercero, habitualmente representante legal para asuntos judiciales quien al momento de los hechos, muchas veces, ni ligado profesionalmente a la misma se encontraba, por lo que al expedirse por la negativa, como inexorablemente lo hace, ni siquiera incurre en conducta mendaz.

Sin mayores consideraciones, habiendo otras, debemos convenir en que este tipo de prueba, conlleva carácter de valor relativo por las consideraciones apuntadas.

Por los fundamentos expuestos, se llega a la conclusión que lo resuelto por la Jueza de grado se ajusta a derecho, y debe ser confirmado, con costas, por este Tribunal.

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO al recurrente del Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR, con costas, el rechazo de la oposición planteada por la parte actora en contra del acto de Absolución de posiciones obrante a fs. 248 de autos, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Mónica Reguera, Actuaria Judicial.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 561**

**Cuestión debatida:** Se estudia la deficiencia de la notificación por lo que consecuentemente, produjo la caducidad de instancia.

**NOTIFICACIÓN. Notificación personal.**

Esta notificación, en rigor, carece de todo valor procesal dado que se trata de una simple nota, no refrendada por el actuario.

**MANDATO. Representación procesal.**

El abogado se presentó invocando la representación del actor sin justificar su personería.

Siendo así, conforme a lo dispuesto por el artículo 60 del Código Procesal Civil, en el plazo máximo de sesenta días, el actor debió ratificar la gestión del citado abogado a los efectos de consolidar su presentación y dar el correspondiente impulso procesal a este juicio.

**NOTIFICACIÓN. Notificación personal.**

La nota que se observa a fojas 16 de autos no tiene el efecto de una ratificación, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, puesto que la misma, como quedó expuesto, carece de todo valor formal por no estar refrendada por el actuario o el oficial de secretaría.

**COSTAS. Imposición de costas. Costas en el orden causado.**

En cuanto a las costas, teniendo en cuenta las circunstancias que se dieron en la tramitación del presente juicio, y especialmente porque el demandado no lo solicitó en su escrito de contestación de la expresión de agravios del apelante, aplicando lo dispuesto por el Art. 193 del Código Procesal Civil estimo que corresponde imponerlas por su orden.

**TApel.Civ y Com. Cuarta Sala. 27/09/12. M.A. c/ H.D.V.L. s/ indemnización de daños y perjuicios (A. I. N° 561).**

VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fojas 60 de autos, por el abogado Víctor A. AGUILAR G., representante convencional de M. A., contra el A.I. N°: 561 del 10 de mayo de 2011, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaría N° 02, que resolvió: "...*HACER LUGAR a la caducidad de instancia solicitada por el abogado H. D. V. L., de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. COSTAS a la parte actora. NOTIFICAR por cédula. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia*", y;

CONSIDERANDO:

NULIDAD: Este recurso no fue interpuesto por el recurrente, tampoco la jueza de grado inferior lo concedió, sin embargo este Tribunal puede estudiarlo de oficio por encontrarse implícito en el recurso de apelación, conforme lo dispone el Art. 405 del C.P.C., y como no se observan vicios o defectos en el fallo en revisión que lo invaliden como acto jurisdiccional, corresponde declarar desierto este recurso.

APELACIÓN: El recurrente, ya citado, a fojas 63/64 de autos, criticó el fallo en recurso diciendo, en lo medular, que la *A-quo* no consideró la notificación personal del actor de la providencia "hágase saber el Juez", la que, por un lado ratifica la presentación del abogado Víctor Aguilar de conformidad a los artículos 347 y 1.814 del Código Civil, y, por el otro, interrumpía el plazo de caducidad. Por lo demás, el apelante refiere que al ordenarse el traslado de la demanda se patentizó la improcedencia de la caducidad pretendida. La presentación referida culmina solicitándose la revocación del fallo en revisión.

El abogado H. D. V. L., en causa propia, contestó y controvertió los agravios esgrimidos por el recurrente en los términos del escrito glosado a fojas 65/66 de autos.

El 14 de junio de 2012 este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia con la que se llamó autos para resolver. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia; y efectuados los controles de veracidad, logicidad, y normatividad, se pasa al análisis de la justicia de lo fallado.

Para el apelante, la resolución en revisión es injusta por no haberse consi-

derado la notificación personal del actor de la providencia de fecha 14 de octubre de 2009. Reparemos en esto.

A fojas 16 vltos. de autos el actor, patrocinado por el abogado Víctor Aguilar, se dio por notificado de la providencia datada el 14 de octubre de 2.009 “*Hágase saber el Juez*”.

Esta notificación, en rigor, carece de todo valor procesal dado que se trata de una simple nota, NO REFRENDADA POR EL ACTUARIO.

El artículo 133, *in fine*, del Código Procesal Civil dispone: “*Para que la notificación personal tenga valor, deberá ser refrendada por el actuario o el oficial de secretaría con indicación de fecha y hora*”.

Es decir, *prima facie*, el argumento del apelante, expuesto como sustento de su pretensión revocatoria, resulta claramente inadmisibile.

Además, el abogado Víctor Aguilar se presentó invocando la representación del actor sin justificar su personería.

Siendo así, conforme a lo dispuesto por el artículo 60 del Código Procesal Civil, en el plazo máximo de sesenta días, el actor debió ratificar la gestión del citado abogado a los efectos de consolidar su presentación y dar el correspondiente impulso procesal a este juicio.

No caben dudas de que la nota que se observa a fojas 16 de autos no tiene el efecto de una ratificación, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, puesto que la misma, como quedó expuesto, carece de todo valor formal por no estar refrendada por el actuario o el oficial de secretaría.

En estas condiciones, resulta patente que el fallo en revisión es justo y lógico, por lo que el mismo debe ser confirmado.

En suma, por lo expuesto, no cabe más que confirmar el auto-interlocutorio recurrido. En cuanto a las costas, de conformidad al artículo 193 del Código Procesal Civil, las mismas deberán ser impuestas por su orden teniendo en cuenta la razón probable para litigar que le asistió al actor y la forma en que fue resuelta la cuestión sometida a consideración de este Tribunal.

A su turno, el magistrado Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MIEMBRO BASILICIO GARCÍA AYALA: Después de realizar el correspondiente análisis del expediente, del A.I. N° 561 de fecha 10 de Mayo de 2011 dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno recurrido por el actor, que resolvió: “... HACER LUGAR

a la caducidad de instancia solicitada por el Abogado H. D. V. L., de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. COSTAS a la parte actora. NOTIFICAR por cédula. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”, el escrito de fundamentación del recurrente y la contestación de su contraparte, como también el proyecto de resolución del Miembro preopinante quien se expide por la confirmación de la referida resolución, estimo pertinente formular algunas consideraciones para expedirme en el sentido en que lo haré más adelante.

El representante convencional del actor abogado Víctor Alfredo Aguilar G. se alza contra el referido Auto Interlocutorio y fundamenta la apelación en su escrito de fs. 63/64 que comienza expresando que se agravia contra la resolución recurrida porque a su criterio “... la AQUO no tuvo en consideración las constancias obrantes en autos para declarar la caducidad de instancia en estos autos, y que se ha apoyado exclusivamente en las argumentaciones de la adversa como lo podrán corroborar al analizar los considerandos expuestos por la inferior...”.

Seguidamente manifiesta: “... Que el Dr. M. A. ha ratificado en todos sus términos la actuación del abogado Víctor Aguilar, que por imperio de lo prescripto en el Art. 347 del Código Civil, en concordancia con el Art. 1814 del mismo cuerpo legal que establece: “La ratificación del interesado produce los efectos del mandato conferido al tiempo de la iniciación de la gestión” que viene a reforzar la tesis de no haber operado la caducidad de instancia...”.

Manifiesta además que su parte sostiene: “...que la providencia de haga-se saber el juez dictada por el Juez del décimo segundo turno en fecha 07 de setiembre de 2009 ha dado inicio al cómputo de los seis meses previstos en la ley para operar la caducidad de instancia, y que se ha interrumpido con la nueva providencia dictada por el Juez del décimo tercer en fecha 14 de octubre de 2009, fecha en que comienza a correr nuevamente el plazo, art. 176 inc. c), y entre el 14 de octubre de 2009 y 07 de abril de 2010, fueron dictadas otras providencia que constituyen impulso procesal, obviadas por la AQUO, que amerita la revocación de la resolución apelada...”.

Culmina su presentación reiterando que en este caso no se operó la caducidad de instancia, y “... que la Juez inferior infringió las disposiciones legales del debido proceso e igualdad ante la ley, para declarar operada la caducidad de instancia, que solicito sea revocada teniendo en consideración lo brevemente-

te expuesto...”, y solicita: “...1)... 2) Oportunamente y previo los trámites de rigor dictar resolución revocando la resolución en crisis. Con Costas”.

El demandado Dr. H. D. V. L. contesta el traslado de la fundamentación del apelante en los términos de su escrito de fs. 65/66 en el que expresa en primer lugar que el escrito de expresión de agravios de la parte actora no reúne los requisitos como tal, por ser una repetición de las argumentaciones expuestas en primera instancia al contestar el traslado de la caducidad de instancia planteada por su parte, por lo que corresponde declarar desierto el recurso de apelación.

Pero para el caso de que el Tribunal considere tener por fundamentado los recursos interpuestos por el recurrente, contesta el traslado refutando lo afirmado por el recurrente señalando las circunstancias que se dieron en la tramitación del presente juicio, y concluye solicitando la confirmación del interlocutorio recurrido, en todas sus partes.

Después de analizar el expediente, las posiciones asumidas por las partes litigantes, así como el auto interlocutorio recurrido puedo afirmar que conforme a las constancias obrantes en el mismo en este caso se ha operado la caducidad de instancia como bien lo señala la jueza de Primera Instancia en el considerando donde señala acertadamente las circunstancias que se dieron en la tramitación del presente juicio.

La demanda se promovió en fecha 02 de setiembre de 2009, según escrito de fs. 12/15, realizado el sorteo correspondiente en la Mesa de Entrada Civil, recayó en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, quien se excusó de entender en el mismo y lo remitió al Juez de igual clase y jurisdicción que le sigue en orden de turno por providencia de fecha 08 de Septiembre de 2009, que fue recepcionado en fecha 14 de Octubre de 2009 donde se dictó la providencia de la misma fecha de fs. 16 vlto. que dispone: “... hágase saber el juez. Notifíquese por cedula”.

Esta providencia que impulsa el procedimiento, no fue notificada, pero la parte actora pretende dar validez a la nota puesta al pie de la misma que expresa: “... Seguidamente comparece en Secretaría el Sr. M. A. con C. I. N° ..., quien manifestó que se da por notificado de la providencia que antecede, siendo hoy treinta de noviembre de 2009, siendo las diez y diez horas, firmando conmigo. Conste”.

Sin embargo, dicha nota se halla firmada solamente por el actor Dr. M. A. y su Patrocinante el abogado V. A. A., y no está refrendada por el actuario ni por

el oficial del Secretaría, por lo que no tiene validez conforme a lo dispuesto claramente por el Art. 133 in fine, del Código Procesal Civil que dispone: "... Para que la notificación personal tenga valor, deberá ser refrendada por el Actuario o el Oficial de Secretaría con indicación de fecha y hora..."

De lo expuesto surge claramente que el impulso procesal establecido en la referida providencia no fue notificado a la parte actora, quien posteriormente en los términos del escrito de fs. 17 presentado el 7 de Abril de 2.010 equivocadamente pretendió impulsar el procedimiento invocando una representación que no tiene en el expediente, que motivó el proveído de fecha 20 del mismo mes y año, que dispone: "... *Acredite el recurrente la personería invocada y se proveerá*".

Posteriormente el abogado V. A. en fecha 20 de mayo de 2010 presentó el escrito de fs. 22 con el que acompañó copia del Poder General que acredita la representación que invoca, que le otorgara el actor recién en fecha 11 de mayo de 2010 conforme a la Escritura Pública otorgada por la notaria y escribana pública N.E.G.A. cuya copia autenticada se halla agregada fs. 20/21 de autos, con el que recién acreditó la referida representación que venía invocando desde la fecha de la promoción de la demanda el 02 de septiembre de 2008 según consta en el cargo puesto a fs. 15 de autos.

Recién después de haber acreditado la representación invocada, por providencia de fecha 31 de mayo de 2010, de fs. 23, la Jueza interviniente dio trámite a la acción promovida corriendo traslado a la parte demandada, después de haber transcurrido el plazo establecido en el Art. 172 del Código Procesal Civil para que se opere la caducidad de instancia, por lo que puedo afirmar que el auto interlocutorio recurrido se halla ajustado a derecho y en consecuencia debe ser confirmado por este Tribunal.

En cuanto a las costas, teniendo en cuenta las circunstancias que se dieron en la tramitación del presente juicio, y especialmente porque el demandado no lo solicitó en su escrito de contestación de la expresión de agravios del apelante, aplicando lo dispuesto por el Art. 193 del Código Procesal Civil estimo que corresponde imponerlas por su orden.

Conforme a las constancias de autos, a las consideraciones que anteceden y a las disposiciones legales procesales citadas, me adhiero al voto del Miembro Preopinante quien se expide por la confirmación del interlocutorio recurrido, excepto respecto a las costas.

POR TANTO, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, CUARTA SALA,

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución, el A.I. N°: 561 del 10 de mayo de 2011, dictado por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaría N°: 02.

IMPONER las costas por su orden.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García.

Ante mí: Mónica Reguera, Actuaría.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 103**

***Cuestión debatida:*** *Indemnización por un hecho ilícito. El recurrente refiere que, a la postre, la condena por medio del procedimiento abreviado no genera responsabilidad civil en su persona.*

**DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del ilícito. CULPA.**

Podría permitir la admisión de la culpa concurrente en el evento dañoso, dado que la culpa atribuida al demandado en el juicio penal es distinta a la culpa civil.

En el fuero penal se juzga la conducta antijurídica del acusado, en tanto que en el juicio civil se analiza la responsabilidad por el evento dañoso. Como es sabido, entre el ilícito civil y el ilícito penal existen diferencias conceptuales.

**COSA JUZGADA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del ilícito.**

Por el imperio de la cosa juzgada, no caben dudas de que las accionantes se encontraban exoneradas de probar la existencia de un acto ilícito, susceptible de fundar el crédito indemnizatorio postulado.

**COSA JUZGADA. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del ilícito.**

Basta con referir que la extinción de la pena es una figura que denota el cumplimiento de la pena o de las medidas impuestas por el Juez. Siendo así, no existe relación entre esta figura y el caso en estudio, dado que la pena que emerge de una condena es distinta a la reparación de daños.

**TApel. C. y C. Cuarta Sala. 03/10/12. Juicio: “S. B. V. y Otros c/ E. R. P.F. s/ Indemnización de Daño Moral y Otros”. (Ac. y Sent. N°103).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO CONTRARIO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl GÓMEZ FRUTOS, Basilio GARCÍA AYALA, y Dr. Eusebio MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS DIJO: El recurrente no fundó el recurso de nulidad; y como no se advierten vicios en los fallos en revisión que lo invaliden como actos jurisdiccionales y motiven la declaración de nulidad *ex officio*, corresponde declarar desierto este recurso. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL CONJUEZ GÓMEZ FRUTOS PROSIGUIÓ DICIENDO: El recurrente, ya citado, a fojas 231/235 de autos, fundó el recurso de apelación. Al hacerlo sostuvo, en lo medular, que la sentencia debe ser revocada dado que la *A-quo* admitió la pretensión de la actora sin contar con elementos probatorios que la respalden. Tal es así, para el apelante, que la Jueza, a título de toda prueba, se remitió a lo actuado en el juicio penal en el cual su comitente reconoció el hecho ilícito al solo efecto de acogerse a los beneficios del procedimiento abreviado, situación que no importa responsabilidad civil alguna, la que debía ser probada en este juicio. Agrega que el demandado se sometió al procedimiento abreviado en evitación de la revictimización de su legítima hija. Señala, además, que media responsabilidad de la madre –co-accionante–, quien abandonó a su hija a los cinco años de

edad. En cuanto al monto de la condena, señala que la misma es desmedida en atención a que el mismo percibe un salario mensual de Gs. 2.000.000., por lo que debería vivir más de una vida para saldar el monto de la condena. Finalmente, pone de resalto que tampoco se consideró que en el juicio penal se produjo la extinción de la pena. Con estos argumentos peticiona la revocación del fallo en revisión.

El abogado Alejandro J. RIERA G., representante convencional de las accionantes, contestó y controvirtió los agravios expuestos por el recurrente en los términos del escrito glosado a fojas 236/237 de autos.

El 10 de abril de 2012, este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictando la providencia con la que se llamó autos para resolver. La que se encuentra firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia de Revisión, y efectuados los controles de veracidad, logicidad, y normatividad, se pasa al análisis de la justicia de lo resuelto.

En cualquier fuero, el magistrado, al dictar un fallo, debe efectuar los controles de veracidad, logicidad y normatividad.

La razón de ello es simple.

Resulta que una sentencia judicial, a la postre, no es más que una ley particular, y como tal mal podría encontrarse en conflicto con el ordenamiento jurídico, que constituye un sistema en el cual no es dable el dictado de una sentencia que riña con el mismo.

Por esta razón, al contemplarse el trámite del procedimiento abreviado, en el Código Procesal Penal, se previó, expresamente, que reunidos todos los presupuestos exigidos por el artículo 420 del citado cuerpo legal, el Juez podrá “*absolver o condenar*” al acusado, quien reconoció haber realizado un hecho antijurídico. (vidé artículo 421 del C.P.P.).

Es decir, a pesar de la confesión del imputado, refrendada por su abogado defensor, el Juez Penal no se encuentra exonerado del análisis de la “*veracidad del hecho que se confiesa*”, puesto que no puede condenar a una persona inocente, dado que ello se encontraría en conflicto con lo que consagra nuestra Carga Magna.

Si el análisis en cuestión denota que la confesión no se compadece con la verdad que el caso devela, el Juez se encuentra obligado a absolver al acusado.

Pues bien, de lo brevemente expuesto se advierte la inconsistencia del agravio esgrimido por el recurrente, quien refiere que, a la postre, la condena

por medio del procedimiento abreviado no genera responsabilidad civil en su persona.

En efecto, leída la sentencia emanada del Juzgado Penal de Garantías de la Etapa Intermedia, se advierte nítido que el Magistrado efectuó los controles pertinentes para condenar al acusado. Tal es así, que en el punto cuarto de las cuestiones planteadas se refiere: *¿EXISTEN ELEMENTOS PROBATORIOS SOBRE LA EXISTENCIA DEL HECHO, LA AUTORÍA Y LA PUNIBILIDAD DEL ACUSADO?* Cuestión que fue puntualmente considerada en la sentencia.

Es decir, el demandado, en el juicio penal no fue condenado, únicamente, por su confesión para acogerse a los beneficios del procedimiento abreviado, como el mismo lo señala, sino que, además, quedó comprobado que el hecho ilícito existió en los términos en que fue denunciado.

Por tanto, por el imperio de la cosa juzgada, no caben dudas de que las accionantes se encontraban exoneradas de probar la existencia de un acto ilícito, susceptible de fundar el crédito indemnizatorio postulado.

*Inter alias*, esto es así en atención a que el artículo 1.868 del Código Civil impide al condenado, en un juicio penal, negar la existencia del hecho principal, ni impugnar la culpa, en el juicio civil.

En otro orden de ideas, se advierte que el recurrente, al criticar el fallo, sostuvo que la responsabilidad en el evento dañoso también es atribuible a la madre de Mercedes Elizabeth Palacios Villalba, puesto que aquella abandonó a esta a los 5 años de edad.

Al respecto, eventualmente, lo señalado por el recurrente podría permitir la admisión de la culpa concurrente en el evento dañoso, dado que la culpa atribuida al demandado en el juicio penal es distinta a la culpa civil.

Tal es así que en el fuero penal se juzga la conducta antijurídica del acusado, en tanto que en el juicio civil se analiza la responsabilidad por el evento dañoso. Como es sabido, entre el ilícito civil y el ilícito penal existen diferencias conceptuales.

Empero, no caben dudas de que resulta un dislate lo expuesto por el recurrente puesto incluso en el supuesto de que la madre haya abandonado a su hija, quien fuera acogida por el padre, resulta impensable que ello justificaría el abuso sexual en niños o, cuanto menos, atenuaría la gravedad del hecho.

Afirmar que si la madre no dejaba a la hija de tan solo cinco años de edad al “*cuidado*” del padre, éste no hubiese abusado sexualmente de la misma es

un claro ejemplo de debilidad moral, absolutamente, injustificable y reprehensible.

En otro orden de ideas, el apelante sostuvo que la pena en el juicio penal quedó extinta.

En relación a este señalamiento, basta con referir que la extinción de la pena es una figura que denota el cumplimiento de la pena o de las medidas impuestas por el Juez. Siendo así, no existe relación entre esta figura y el caso en estudio, dado que la pena que emerge de una condena es distinta a la reparación de daños.

Pues bien, en base a lo expuesto, resulta justo y lógico admitir la existencia de un crédito indemnizatorio a cargo del demandado.

Por otro lado, en cuanto al monto de la condena caben las siguientes consideraciones.

Dice el apelante que la suma de Gs. 550.000.000, más intereses, es desmedida atendiendo a los ingresos del mismo.

Al respecto, para la *A-quo* el monto de la condena resulta exiguo dada la gravedad del evento dañoso que funda esta acción, empero, por el principio de congruencia, dice la misma, no puede extralimitarse respecto a lo peticionado por la víctima.

Este preopinante considera atinadas las ponderaciones de la *A-quo*, puesto que el crédito indemnizatorio se funda en el abuso sexual del padre a la hija de cinco años de edad. Aisladamente, este hecho ya resulta desdeñable. Si a esto se le agrega que el abuso fue sistemático, la cuestión sube de tono.

Entonces, la gravedad del acto ilícito y la incuestionable repercusión dañosa en la víctima impide considerar cualquier opción para amainar el monto de la condena, por lo que la misma debe ser confirmada.

Finalmente, se debe señalar que el apelante no expuso ningún agravio respecto a la sentencia aclaratoria de la principal, por lo que la misma debe ser, igualmente, confirmada.

Por tanto, en base a lo expuesto, no cabe más que concluir que los fallos revisados son justos y lógicos, por lo que deben ser confirmados. En cuanto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc a) del Código Procesal Civil, las mismas deberán ser soportadas por el apelante. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS, los magistrados GARCÍA AYALA y Dr. MELGAREJO CORONEL manifestaron su adhesión al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, CUARTA Sala, de la Capital.

RESUELVE:

DECLARAR desiertos los recursos de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 580 del 22 de agosto de 2011, y su aclaratoria, la S.D. N° 838 del 03 de noviembre de 2011, ambas dictadas por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, Secretaría N°: 02, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución.

IMPONER las costas al apelante.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García.

Ante mí: Mónica Reguera, Actuaria.

\* \* \*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 112

**Cuestión debatida:** Se analiza el contrato de distribución y de la exclusividad de la misma.

**CONTRATO DE SERVICIOS. Contrato de Distribución. Cláusula de exclusividad.**

En este tipo de relaciones suele preverse un compromiso de exclusividad a los efectos de proteger la inversión de la empresa distribuidora en publicidad y sus esfuerzos logísticos de distribución.

**CONTRATO DE SERVICIOS. Contrato de Distribución. Cláusula de exclusividad.**

Cabe poner de resalto, además, que por imperio de la Ley 194/93, y por regla general en los contratos, es el demandado quien debe probar que la rescisión o incumplimiento del contrato fue justificada, quedando excusado el actor de probar la rescisión injustificada.

**CONTRATO. Interpretación del contrato.**

Las nuevas tendencias interpretativas de los contratos dan prioridad a las “manifestaciones de la voluntad”. Las que van desplazando, cada vez más, a la “expresión de la voluntad”.

**CONTRATO. Interpretación del contrato.**

Para que un contrato sea reputado como tal, lo trascendental no es el papel impreso y firmado, sino la relación sustancial en si misma. Máxime, cuando en los tiempos actuales se deben manejar las asimetrías cuando uno de los contratantes se encuentra en una posición inferior para establecer los términos del contrato e, incluso, para contratar.

**TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 11/10/12. Juicio: “Alvimer S.R.L. Y Montana S.A. c/ Klabin Kimberly S.A. s/ Indemnización Por Daños Y Perjuicios”. Año 2005. (Ac. y Sent. N° 112).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso negativo, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó el siguiente orden: RAÚL GÓMEZ FRUTOS, BASILICIO GARCÍA AYALA, Y DR. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO GÓMEZ FRUTOS DIJO: Los recursos de nulidad no fueron fundados por el recurrente; y como no se observan vicios formales en las resoluciones en estudio, que ameriten la declaración de nulidad *ex officio*, corresponde declarar desierto estos recursos. ASÍ VOTO.

A sus turnos, los señores miembros Dr. MELGAREJO CORONEL y GARCÍAAYALA, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO GÓMEZ FRUTOS DIJO: El recurrente, ya citado, a fojas 518/535 de autos, expresó agravios contra el fallo apelado. Al hacerlo sostuvo, en lo medular que la *A-quo* no fundó la resolución impugnada en la Ley N° 194/93, según la cual, para que un relacionamiento comercial pueda encuadrarse en un contrato de distribu-

ción se requiere contrato debidamente instrumentado. En ese sentido, dijo el apelante que la naturaleza jurídica de los negocios internacionales de compra-venta mercantil realizados entre las partes antes del 1 de marzo del 2001, no puede transformarse, mágicamente, en un negocio de distribución tipificado y amparado bajo la Ley N° 194/93. Mencionó, asimismo, que es arbitrario y *contra legem* dar por probada la existencia de un contrato de distribución sobre la base de pruebas periciales, informes y deposiciones de testigos en desmedro del régimen de la prueba de los contratos establecidos por el artículo 706 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2 inc. c) de la Ley 194/93. Aseveró, que en la sentencia se reconoce que el acuerdo de cooperación suscrito entre las firmas ALVIMER S.R.L. y MONTANA S.A. no es oponible a KLABIN KIMBERLY S.A., por virtud del artículo 717 del Código Civil, empero a renglón seguido la Jueza encuentra en el artículo 708, del mismo cuerpo legal, la tabla de salvación para la firma MONTANA S.A. olvidando que esa regla jurídica de interpretación de los contratos presupone la existencia de un contrato entre partes que debe ser interpretado. Afirmó, además, que la jueza impropriamente creyó encontrar en un ubicuo factor llamado Antonio Woitas el común denominador de los negocios llevado adelante por dos empresas distintas, como vía para imponer a KLABIN KIMBERLY S.A. los efectos del “acuerdo de cooperación” suscrito entre ALVIMER S.R.L. y MONTANA S.A., y convertir a la segunda en una virtual continuadora o titular de los derechos y acciones de la primera, basándose en supuestos y entendimientos, contrariamente al principio *res inter alios acta*. Por otra parte, sostuvo que la relación contractual que existió entre KLABIN KIMBERLY S.A. y ALVIMER S.R.L., bajo el contrato de distribución del año 2001, no fue prorrogada sino que culminó al vencimiento de dicho contrato, no observándose, con posterioridad, relación comercial entre ALVIMER S.R.L. y KLABIN KIMBERLY S.A., puesto que el último lote de productos que ALVIMER S.R.L. Adquirió, en ejecución del contrato de distribución, se consigna en la Factura N° 46/2003 de fecha 7 de febrero de 2003. Dijo, además, que carece de sustento la tesis de que KLABIN KIMBERLY S.A. resolvió unilateralmente el inexistente contrato de distribución celebrado con MONTANA S.A. Finalmente, apuntó que si hubiera derecho a imponer alguna condena a KLABIN KIMBERLY S.A., sólo podría atribuirse a la firma ALVIMER S.R.L. en razón de que no existió contrato con MONTANA S.A., y que dicha condena no podría exceder la suma de US\$ 80.320,91 en razón de que la

indemnización debería calcularse, estrictamente, teniendo en cuenta un solo periodo, dado que la relación bajo el contrato de distribución duró, únicamente, dos años, y siendo que la utilidad bruta obtenida por ALVIMER S.R.L. en el curso de esos dos años de relación bajo el contrato de distribución es la suma de US\$ 240.962,73, este importe debe dividirse entre tres para determinar que el promedio es la suma de US\$ 80.320,91. En cuanto al interés, sostuvo que la sentencia apelada impuso una tasa del 1% mensual, sin dar explicación de cómo llegó a determinar esa tasa y no otra.

El Abog. Fernando Gadea, en representación de las firmas ALVIMER S.R.L. y MONTANA S.A., contestó y controvertió los agravios expuestos por el recurrente, en los términos del escrito glosado a fojas 536/549 de autos. Al hacerlo refirió que es absolutamente falso que la sentencia no haya sido fundada en la Ley No. 194/93, y que no haya existido contrato, partiendo de la base -según el mencionado abogado- de que el fallo se analizan, expresamente, varios artículos de la Ley N° 194/93 y que la copia autenticada del contrato obra a fs. 10 y siguientes de autos, el cual -aclaró- se firmó en fecha 31 de marzo del 2001 entre ALVIMER S.R.L. (Paraguay) y KLABIN KIMBERLY S.A. (Brasil), al solo efecto de otorgarle un marco regulatorio más formal al activo relacionamiento comercial, que de hecho existía entre las partes desde el año 1997. Mencionó que la contraparte no termina de entender que el hecho de incluir el relacionamiento comercial entre ALVIMER S.R.L. / MONTANA S.A. con KLABIN KIMBERLY (hoy KIMBERLY CLARK BRASIL) dentro las previsiones contenidas en la Ley N° 194/93 no responde a un capricho del Juzgado o a un propósito perverso de su parte, sino a algo absolutamente legal que surge del artículo 1 de la referida ley. En dicho sentido, manifestó que el servicio que brindaron desde abril de 1997 a agosto del 2004 las firmas ALVIMER S.R.L. y MONTANA S.A. consistían en tomar la producción suministrada por la firma KLABIN KIMBERLY S.A. para colocarlas en comercios al menudeo situados en la República del Paraguay, y dicho servicio no tiene -según el mencionado abogado- otra naturaleza que la de un contrato de distribución, el cual se rige por la Ley N° 194/93. Por otra parte, sostuvo que resulta totalmente descabellado pretender que la sentencia no pueda apoyarse en pruebas periciales e informes, siendo que, además de ser vías totalmente legítimas, resultan trascendentales para comprobar que la relación comercial de provisión de mercaderías descartables existió mucho antes de suscribirse el mentado contrato del

10 de mayo del 2001. En cuanto a la regla jurídica de interpretación establecida en el artículo 708 del Código Civil, dijo que si bien es cierto que dicha regla jurídica presupone la existencia de un contrato entre partes que debe ser interpretado, no es menos cierto que el contrato de distribución entre las Firmas ALVIMER S.R.L. y MONTANA S.A., por una parte, y KLABIN KIMBERLY S.A., por la otra, existió y ha sido probado, y es justamente por eso que la Jueza de Primera Instancia lo ha aplicado, llegando a la conclusión previsible de sostener que la vinculación comercial que sostenía KLABIN KIMBERLY S.A. con ALVIMER S.R.L. tuvo una continuación natural con MONTANA S.A., en las mismas condiciones contractuales estipuladas entre aquellas dos. Sostuvo, además, que no se puede considerar como un simple supuesto el hecho de que el señor Antonio Woitas haya sido el único encargado de manejar la representación de los productos proveídos por KLABIN KIMBERLY S.A. tanto a ALVIMER S.R.L. como a MONTANA S.A., en razón de que eso no hace más que dar a relucir la relación contractual que KLABIN KIMBERLY S.A. tenía con el Grupo Empresarial AVILMER S.R.L./MONTANA S.A. A lo dicho, agregó que el contrato del 10 de mayo del 2011, suscrito entre ALVIMER S.R.L. y KLABIN KIMBERLY S.A., contenía una cláusula de exclusividad en virtud de la cual, esta última, durante la vigencia del contrato, aseguraba a aquella la adquisición de los productos con relación al territorio de la República, y que en ese contexto, sólo se puede llegar a dos conclusiones posibles: 1) que la firma KLABIN KIMBERLY S.A. ha infringido el contrato de fecha 10 de mayo del 2001 al proveer sus productos a una empresa distinta; o 2) que la Firma KLABIN KIMBERLY S.A. sabía que sus productos eran vendidos a la misma empresa, o Grupo Empresarial, con quien ha contratado, lo que resulta mas creíble, teniendo en cuenta que nunca hubo un solo reclamo por parte de ALVIMER S.R.L. a KLABIN KIMBERLY S.A. por el hecho de que esta venda sus productos a MONTANA S.A. Por otra parte, sostuvo que como la comunicación establecida en la cláusula sexta no se hizo a más tardar el 31 de diciembre del 2002, el contrato quedó automáticamente renovado hasta el 31 de marzo del 2005. También dijo que la rescisión sí fue unilateral e intempestiva puesto que KLABIN solo proveyó los pedidos recibidos hasta la fecha del e-mail del 11 de mayo del 2004, que fueron enviados efectivamente a Paraguay hasta el mes de agosto del 2004. En lo que concierne al monto indemnizatorio, mencionó que el mismo ha surgido de tres pericias contables llevadas a cabo por peritos matriculados

ante la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, sostuvo que es absolutamente falso que el Juzgado haya aplicado una tasa de interés del 1% mensual sin explicar en forma alguna como llegó a determinar esa tasa. El escrito referido culmina solicitándose la confirmación del fallo en revisión.

El 16 de setiembre de 2011, fue clausurado el debate en Instancia de Revisión dictándose la providencia con la que se llamó autos para sentencia. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia; y efectuados los controles de veracidad, logicidad, y normatividad, se pasa al análisis de la justicia del fallo.

Surge claro, que la primera cuestión a dirimir guarda relación la determinación de la existencia de una relación contractual entre las partes en este proceso.

Para la *A-quo*, esta relación quedó probada. En tanto que para el apelante, el razonamiento de la misma atestigua un grave error que lo invalida.

En efecto, refirió el recurrente que la Ley 194/93 extiende su campo de aplicación a la “*relación contractual, debidamente instrumentada*”. Al tiempo en que puso de resalto que la disposición “debidamente instrumentada” encuentra contenido en el artículo 706 del Código Civil. Norma con la que se establece que todo contrato cuyo objeto sea superior a diez jornales mínimos deberá ser instrumentado en contrato escrito.

Pues bien, *a priori*, se advierte que existe contrato escrito. Vide fs. 10/16. Sobre este hecho no existe divergencia de opiniones.

Se observa, además, que el contrato en cuestión tiene por objeto la venta de productos de Klabin Kimberly S.A. (República Federativa del Brasil) a Alvimer S.A. (República del Paraguay), a los efectos de que esta última venda dichos productos en todo el territorio nacional. En la cláusula segunda del mentado contrato se previó la exclusividad a favor de Alvimer.

Es decir, contractualmente una empresa extranjera se comprometió a vender ciertos productos, al por mayor, a una empresa nacional, y ésta asumió el compromiso de vender dichos productos a los consumidores finales o, al menos, al último eslabón comercial antes de que el producto llegue al consumidor final. En este tipo de relaciones suele preverse un compromiso de exclusividad a los efectos de proteger la inversión de la empresa distribuidora en publicidad y sus esfuerzos logísticos de distribución, que, como quedó visto, también se contempló en el contrato.

Pues bien, en estas condiciones no caben dudas de que, por la naturaleza de la relación comercial reglada en el contrato, y por la descripción contenida en el artículo 2 inc c) de la Ley 194/93, Alvimer y Klabin Kimberly estaban vinculadas por un contrato de distribución.

La ruptura intempestiva de este vínculo contractual, conforme lo establece la ley citada, importa, como regla, la obligación de indemnizar a la empresa nacional, salvo que se justifique la concurrencia de algunas de las causales previstas en el artículo 6 de la misma. Las que, conforme lo dispone el artículo 7 de la ley en cuestión, deberán acreditarse en juicio o en arbitraje, si ésta forma alternativa de solución de conflicto estuviere prevista.

Cabe poner de resalto, además, que por imperio de la Ley 194/93, y por regla general en los contratos, es el demandado quien debe probar que la rescisión o incumplimiento del contrato fue justificada, quedando excusado el actor de probar la rescisión injustificada.

En el *cas d'espece* no se justificó la concurrencia de ninguna de las causales previstas en la ley aplicable, por lo que resulta claro que se constituyó un crédito indemnizatorio a favor de Alvimer y a cargo de Klabin Kimberly (actualmente KIMBERLY - CLARK BRASIL Industria E Comercio De Productos De Higiene Ltda) al interrumpirse el envío de mercaderías al actor.

En rigor, la controversia que se plantea este caso no se centra en estas conclusiones, sino en la extensión del contrato de distribución a los intercambios comerciales previos a la suscripción del mismo; y a la vinculación, en dicho circuito jurídico-comercial, de la empresa Montana. Se reparará en estos puntos.

Ciertamente, desde un plano puramente formal, la tesis del demandado resulta inatacable.

Tal es así, que si el contrato fue suscrito en el mes de mayo de 2001, debería admitirse que la relación contractual nació en dicha fecha, y no en el mes de abril de 1997.

Empero, admitir esta tesis representaría una renuncia consciente a la verdad, absolutamente incompatible con la administración de justicia, y, por lo demás, un apego injustificado a un formalismo atávico.

En efecto, el artículo 706 del Código Civil, ante la dinámica comercial, perdió la otrora rigidez que lo caracterizaba.

A guisa de ejemplo, basta con referir que cada vez son mas frecuentes las operaciones concretadas por internet, en las que, ni por asomo, media un con-

trato por escrito, pese a que los valores superan con creces los diez jornales mínimos. Negar la tutela jurídica a este tipo de operaciones, porque no se suscribió un contrato escrito, equivale a enclaustrar el derecho y desnaturalizar sus fines.

Las nuevas tendencias interpretativas de los contratos dan prioridad a las “manifestaciones de la voluntad”. Las que van desplazando, cada vez más, a la “expresión de la voluntad”.

Rolland, citado por Alterini, hace notar que no se puede perder de vista que *“aquello que los juristas denominan un ‘contrato’ es un ‘intercambio’ para los economistas”*.

En la misma línea de pensamiento, Noemí Nicolau pone de resalto que los elementos esenciales para que se configure un contrato son: existencia de partes, intercambio de prestaciones o acuerdo de voluntades, patrimonialidad, buena fe, y finalidad útil y lícita.

Como puede notarse, para que un contrato sea reputado como tal, lo trascendental no es el papel impreso y firmado, sino la relación sustancial en sí misma. Máxime, cuando en los tiempos actuales se deben manejar las asimetrías cuando uno de los contratantes se encuentra en una posición inferior para establecer los términos del contrato e, incluso, para contratar.

En el caso en estudio, la realidad es que desde el mes de abril de 1997 se iniciaron los intercambios comerciales entre Alvimer y Klabin Kimberly, intercambio lícito, útil y beneficioso para ambas partes.

Entonces, cabe preguntarse si esta relación es distinta a la que se consiguió en el contrato suscrito en el mes de mayo de 2001.

Definitivamente, todo el cúmulo probatorio denota que la relación sustancial en sí no varió en un ápice. Aquella relación que se regló en el contrato escrito es la misma que se venía manteniendo desde el mes de abril de 1997.

Es decir, las partes, mucho antes de la firma del contrato realizaron operaciones comerciales de las cuales se puede inferir, sin duda alguna, cual era la voluntad de las mismas. Surgiendo entonces, en rigor técnico, obligaciones precontractuales que, por la dilación en la suscripción del contrato, pasaron a confundirse con el objeto del mismo.

Pues bien, por lo expuesto no cabe más que concluir que la relación jurídico-comercial entre Alvimer y Klabin Kimberly inició en el mes de abril de 1.997, y se formalizó en el año 2.001.

Queda entonces, por resolver la excepción de falta de acción que afecta a la firma Montana S.A.

Contrariamente a lo que sostienen los accionantes, para este Magistrado la firma Montana S.A. carece de legitimación en función a la pretensión postulada con esta demanda.

Esto es así, puesto que la misma ingresa al circuito comercial como una extensión de Alvimer. Lo que se observa es que ésta delegó la “operatividad” de la cuenta de Klabin Kimberly en Montana S.A., cuestión que nunca fue objetada por la parte demandada.

El otro elemento de juicio que robustece esta tesis es que Alvimer S.R.L. no reclamó a Klabin Kimberly ningún tipo de violación de la cláusula de exclusividad. Lo que resulta lógico, puesto que ambas empresas se encuentran vinculadas, conforme lo afirman los propios actores.

Entonces, de lo dicho cabe inferir que Montana no sustituyó a Alvimer en el contrato de distribución. Al contrario, la misma entró como mera ejecutora de los derechos de distribución de Alvimer, por lo que no cabe más que admitir la falta de acción articulada por la parte demandada.

Pues bien, resueltas estas cuestiones, resta por analizar el quantum indemnizatorio.

Al respecto, se advierte que el cálculo realizado por la *A-quo* se ajusta a derecho, puesto que se tuvo en cuenta en tiempo de duración de la relación contractual, desde el mes de abril de 1997 hasta el mes de mayo de 2004. Transcurso de tiempo en el cual se incluyen las operaciones realizadas por Alvimer S.R.L. por medio de Montana S.A.

Con respecto a la facturación anual no existen elementos de juicio que pongan en duda las conclusiones de los peritos, las que se encuentran respaldadas por explicaciones técnicas, informes de la Dirección Nacional de Aduanas, y de la Subsecretaría de Estado de Tributación.

Por lo demás, todo se trata de la mera aplicación de una fórmula. Las ventas totales en los últimos tres años alcanzaron la suma de US\$. 1.304.620,46, con una utilizada bruta de US\$. 404.161,82. De acuerdo al artículo 4 de la ley 194/93 dicho monto (US\$. 404.161,82) debe ser dividido entre 3 (últimos 3 años) dando así la suma de US\$ 134.720,60. Finalmente, la suma de US\$ 134.720,60 debe ser multiplicado por 2 (puesto que el periodo de duración de las firmas actoras -7 años y 1 mes- se encuentra en el en segundo periodo, es decir, en el

periodo de más de cinco a diez años), dando así la suma final US\$ 269.441,22, que es el monto que debe ser abonado a la firma ALVIMER S.R.L. por la firma KLABIN KIMBERLY (hoy KIMBERLY CLARK BRASIL) en concepto de indemnización.

Finalmente, con relación a los intereses, resta referir que el 1% mensual para operación en dólares es una tasa superior al promedio ponderado del Banco Central del Paraguay, resultando así las tasas activas y pasivas admitidas, por lo que el mismo debe ser establecido en un 0,6% mensual, desde la promoción de esta demanda, puesto que estamos ante un derecho constituido con un fallo y no meramente declarativo.

En cuanto a las costas caben las siguientes puntualizaciones, como quedó evidenciado la cuestión sometida a control demandó una copiosa interpretación jurídica la que amerita la aplicación del artículo 193 del Código Procesal Civil, consecuentemente, las costas de ambas instancias deberán ser soportadas en el orden causado.

Por tanto, por lo fundamentos expuestos, corresponde revocar, parcialmente, la S.D. N° 978 de fecha 28 de diciembre del 2010, a los efectos de declarar con lugar a la excepción de falta de acción con respecto a la firma Montana S.A. En cuanto a las costas de la misma, corresponde que sean soportadas en el orden causado dado que existió un relacionamiento directo de la misma con la firma demandada, por más que el mismo se haya producido en ejercicio de los derechos de distribución de Alvimer S.R.L., lo que permite admitir que Montana S.A. tenía razones valederas para asumir la posición de co-demandante en estos autos. Asimismo, corresponde confirmar la sentencia aclaratoria, la S.D. N° 88 de fecha 7 de marzo del 2011, ambas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Décimo Turno, de la Capital. En cuanto a las costas de esta Instancia, de conformidad al artículo 203 inc c) del Código Procesal Civil, las mismas deberán ser impuestas en forma proporcional. ASÍ VOTO.

A sus turnos, los señores miembros Dr. MELGAREJO CORONEL y GARCÍAAYALA, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Capital,

RESUELVE:

DECLARAR desiertos los recursos de nulidad interpuesto por el Abog.

José María Cardozo Saguier, en representación de Klabin Kimberly S.A. (hoy KIMBERLY CLARK BRASIL).

REVOCAR, parcialmente, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución el primer punto de la S.D. N° 978 de fecha 28 de diciembre del 2010 emanada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Décimo Turno de la Capital. En consecuencia, hacer lugar excepción de falta de acción, articulada como medio general de defensa por parte de la firma demandada, en relación a la firma actora MONTANA S.A. Con costas en el orden causado.

CONFIRMAR los demás puntos de la S.D. N° 978 de fecha 28 de diciembre del 2010, y su aclaratoria, la S.D. N° 88 de fecha 7 de marzo del 2011, ambas emanadas del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Décimo Turno de la Capital, disponiendo el pago efectivo en Guaraníes equivalente a la condena en dólares americanos, ya que el Guaraní es la moneda de curso legal y fuerza cancelatoria.

IMPONER las costas de ambas instancias en el orden causado.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García.

Ante mí: Mónica Reguera, Actuaría.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 116**

***Cuestión debatida:*** *Se analiza la legitimación pasiva dentro de la presentación de una demanda. Es decir si en delitos de lesa humanidad puede ser demandado directamente el Estado.*

**DEMANDA CONTRA EL ESTADO. Acción civil contra el Estado. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República.**

La Procuraduría General de la República subrayó que el actor debió integrar esta demanda con las personas físicas involucradas en los hechos denunciados, a los efectos de activar, eventualmente, el sistema de responsabilidad del Estado, subsidiaria de conformidad al artículo 106 de la Constitución Nacional.

**PRUEBAS. Apreciación de la prueba. PRUEBA DE TESTIGOS.  
Apreciación de la prueba testifical.**

El apelante, ante este tipo de denuncias no es dable exigir al litigante filmaciones de las torturas o actas notariales, por las condiciones en las que se efectúan este tipo de actos. Sin dudas, las deposiciones de personas recluidas con el afectado tienen la suficiente fuerza probatoria para acreditar este tipo de hechos. Admitir lo contrario significaría, sin ir más, una negación absoluta de las reparaciones por este tipo de violaciones de los DD.HH.

**ESTADO. Responsabilidad. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos.**

Más allá de la atribución de las acciones a un funcionario en especial, lo que subyace es una falla en los Órganos del Estado con respecto a la garantía de no violación de los derechos humanos.

**ESTADO. Responsabilidad. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos.**

Cabe recordar que la obligación del Estado, en materia de DD.HH., no se limita a la abstención de actos atentatorios contra los derechos inherentes al hombre, puesto que, como es sabido, la misma importa, además, acciones programáticas y de garantías de no violación de los mismos.

**ESTADO. Responsabilidad subsidiaria del Estado.**

El A-quo atribuyó, a la luz del artículo 106 de la Constitución Nacional, una responsabilidad subsidiaria al Estado, sosteniendo, al mismo tiempo, que la responsabilidad directa por los actos irregulares, recae sobre el agente estatal autor del ilícito. Siendo así, concluyó el Juez, el actor debió integrar la litis con los funcionarios responsables del ilícito para activar, en caso de insolvencia de estos, la responsabilidad directa del Estado.

**ESTADO. Responsabilidad. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos.**

En materia de Derechos Humanos, no se puede cuantificar por plazo, sean días, meses o años los efectos materiales y espirituales de las torturas, persecuciones que a diario sufren las víctimas en forma directa, e indirectamente con la misma gravedad y en determinados casos, en forma más grave aún los miembros de una familia o comunidad, como fue evidente la causa que derivó en los sucesos conocidos y discutidos hasta la fecha.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Quantum indemnizatorio.**

El quantum indemnizatorio en materia de violación de Derechos Humanos, no puede equipararse a la indemnización de cualquier otro hecho jurídico que pudiera motivar una reparación, la razón es sencilla, en un accidente de tránsito o en cualquier otro juicio por indemnización resulta fácil hacer una operación matemática para cuantificar el daño ocasionado o sufrido; sin embargo la violación de un Derecho Humano con toda su gravedad y sus secuelas puede consumarse en minutos o en años.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. Quantum indemnizatorio.**

El quantum indemnizatorio en materia de violación de Derechos Humanos, no puede equipararse a la indemnización de cualquier otro hecho jurídico que pudiera motivar una reparación, la razón es sencilla, en un accidente de tránsito o en cualquier otro juicio por indemnización resulta fácil hacer una operación matemática para cuantificar el daño ocasionado o sufrido; sin embargo la violación de un Derecho Humano con toda su gravedad y sus secuelas puede consumarse en minutos o en años.

**DELITO DE LESA HUMANIDAD.**

La conclusión a la que arribamos a la luz de las normas constitucionales indicadas es la imprescriptibilidad de la acción por torturas.

**ESTADO. Responsabilidad directa del Estado. DELITO DE LESA HUMANIDAD.**

Los sujetos obligados por los pactos internacionales de derechos humanos son los Estados, no las personas ni organizaciones privadas. El derecho internacional, por su misma naturaleza, es un derecho de Estados. Desde esta perspectiva queda claro que también el derecho internacional de DD.HH. es un derecho pertinente exclusivamente a los Estados.

**ESTADO. Responsabilidad directa del Estado. DELITO DE LESA HUMANIDAD. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS.**

Existe una relación de derechos y obligaciones “unidireccional” entre el Estado y los ciudadanos. Visto el Estado como único legítimo representante del bien común, es el único garante de los derechos de sus ciudadanos, y por lo tanto el único que puede ser requerido en caso de violación de estos derechos.

El Estado no puede ampararse en su legislación interna para excusarse de su obligación de respetar y garantizar el goce de los DD. HH.

**ESTADO. Responsabilidad directa del Estado. DELITO DE LESA HUMANIDAD. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS.**

Surge claro que los DD.HH. penetran el armazón de la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado. No sólo por la eventual responsabilidad internacional (sostenidos por algunos) del mismo ante las violaciones de los derechos fundamentales, la que no podría excusarse en una norma interna, repetimos, sino también, por la política deficiente en cuanto a la implementación eficaz y real de esquemas de protección y garantía de los derechos humanos más elementales, lo que, como quedó plasmado, debe ser entendido como un acto regular de administración.

**PRUEBAS. DELITO DE LESA HUMANIDAD. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑOS Y PERJUICIOS. Quantum indemnizatorio.**

No compartimos, conforme lo expusimos en los párrafos precedentes que se hayan probado que esas acciones y sucesos hayan causado daño efectivo, o al menos la trascendencia y gravedad como lo sustentara el actor a lo largo del juicio, como tampoco ha quedado demostrado en forma manifiesta el *quantum* indemnizatorio solicitado por los rubros de daño moral, daño emergente y lucro cesante.

**TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. 17/10/12. Expte: “W. W. c/ El Estado Paraguayo s/ Indemnización De Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 116).**

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dres. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL MIEMBRO PREOPINANTE DR. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL DIJO: El recurso fue fundamentado en forma conjunta, con el de Apelación. Siendo la declaración de nulidad de carácter

restrictivo, la misma no procede cuando los vicios invocados son susceptibles de reparar mediante el recurso de Apelación. Además de conformidad con la disposición del Art. 407 del C.P.C., “Cuando el Tribunal pueda decidir, a favor de la parte a quien aprovecha la nulidad, no la pronunciará”. El recurso debe ser considerado desierto. ES MI VOTO. CONSTE.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS DRES. YNSFRÁN SALDÍVAR Y ESCOBAR ESPÍNOLA manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la S.D. N° 170 de fecha 28 de Marzo de 2007, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 12° Turno, “...RESUELVE: NO HACER LUGAR a la presente demanda promovida por W. W., contra EL ESTADO PARAGUAYO sobre indemnización de daños y perjuicios, por improcedente. IMPONER las costas a la parte vencida. ANOTAR...”.

Del análisis de las constancias procesales, en particular del escrito de postulación, puede afirmarse que esta demanda fue planteada y seguida con cierta desprolijidad.

Tal es así, que de la lectura de las instrumentales incorporadas por el actor –no redargüida de falsas por la Procuraduría General de la República–, se vislumbra una cadena de hechos que se encuentran en conflicto con los derechos humanos del actor. Sin embargo, al efectuarse el relato de los hechos, el accionante atribuyó, en tamaña medida, la comisión de dichos hechos a un grupo de funcionarios.

Esto motivó que la Procuraduría General de la República, impropriamente, conteste la demanda invocando, en lo medular, el artículo 106 de la Constitución Nacional, concordante con las disposiciones del código civil referente a la responsabilidad por culpa. Decimos impropriamente, puesto que esta defensa debió incorporarse por la vía de la excepción “de falta de acción”, como de previo y especial pronunciamiento, o como medio general de defensa.

El error en la forma de plantearse la defensa fue trasladado en el fallo en revisión, al rechazarse esta demanda, a la postre, mediante la admisión de la *“teoría de la responsabilidad subsidiaria del Estado”*.

En estas condiciones, seguir la línea argumental de los contendientes, a la luz del análisis de la justicia del fallo en revisión, significaría, sin ir más, continuar con la serie de desaciertos.

Pues bien, en función a lo expuesto, para analizar el fallo en revisión, la primera tarea que se impone, es la de ordenar los argumentos fácticos vertidos por la parte actora al plantear esta demanda.

En este sentido, se advierten cuatro ejes sobre los cuales descansa la pretensión del accionante, ellos son: (1) que medió una persecución inmisericorde por parte de uno de los Jueces de la Justicia Militar; (2) que durante el tiempo de investigación, estando privado de su libertad Wladimiro Woroniecki, se lo torturó física y psicológicamente; (3) que el mismo fue enjuiciado -imputado- dos veces por el mismo hecho; y (4) que fue privado ilegítimamente de su libertad.

En defensa, como ya se dijo, la Procuraduría General de la República subrayó que el actor debió integrar esta demanda con las personas físicas involucradas en los hechos denunciados, a los efectos de activar, eventualmente, el sistema de responsabilidad del Estado, subsidiaria de conformidad al artículo 106 de la Constitución Nacional.

Pues bien, en torno a los hechos atribuidos al Juez Militar Tte. JM S. S.Y., es menester poner de resalto que los mismos pueden ser abordados desde dos aristas. Como acciones personales lesivas a los derechos del actor; y como un elemento indicativo de una falla del sistema de protección jurídica.

En efecto, ciertamente, este Magistrado considera que, conforme a lo probado en autos, sobre el citado Juez Militar recae una responsabilidad directa y personal. Empero, como el mismo no fue demandado, por el principio de congruencia, no cabe ahondar en el análisis con respecto a este punto.

Sin embargo, la permisibilidad por parte de los Órganos del Estado si es una cuestión que amerita una especial atención en función al reclamo del actor.

En este sentido, se observa que todos los testigos, quienes depusieron en este juicio, coinciden con respecto a las torturas físicas y psíquicas padecidas por el actor en su lugar de reclusión.

A fs. 152/158, al expresar agravios el recurrente, manifiesta: "...haber sido torturado física y psicológicamente,... haber sido procesado dos veces por la misma causa,... haber sido privado de su libertad de manera totalmente injusta, ilegal y deliberada, además de ser condenado por un hecho punible que no cometió...". Menciona la participación de varios funcionarios públicos de alto rango y cargo, encargados de impartir Justicia en la esfera militar, así como los

daños morales irreparables que los mismos le infringieron, calificando esos daños, como hechos punibles de lesa humanidad.

En este sentido, se observa que todos los testigos, quienes depusieron en este juicio, coinciden con respecto a las torturas físicas y psíquicas padecidas por el actor en su lugar de reclusión.

Califica la actitud del juez de grado inferior, como agravante de la situación, por impedir "...que se imponga al Estado Paraguayo una pena ejemplar, de manera que, nunca más vuelva a contar con funcionarios públicos que se sirven del Estado y de la cosa pública, para cometer todo tipo de atropello y violentar los derechos humanos de persona alguna...con quienes no comulgan políticamente".

Cuestiona la imposición de las costas procesales, en el hecho que, el juez tiene la potestad de rechazar una demanda improcedente, de conformidad con la disposición del Art. 216 del C.P.C., y no alargarla deliberadamente, como ocurrió en el caso de autos, en que la Sentencia le fue notificada un año y tres meses después de ser dictada. Señala la omisión de pruebas testificales, así como la negativa de las autoridades de la Justicia Militar de remitir al Juzgado, sin que este exigiera, compulsas de Expedientes, ofrecidas como pruebas documentales, con el agravante que el recurrente, nunca tuvo acceso a los mismos.

Señala y reitera que el único responsable de su deambular por las distintas instituciones estatales, en busca de justicia, sin que lograra ser atendido, así como los daños sufridos por él y su familia, es el Estado Paraguayo. La razón es simple y elemental. Tal vez por ello merezca una especial atención. A fs.154 ilustra el recurrente: "*...cuando recurrí al Ministerio Público a reclamar mis derechos y solicitar Justicia, una vez más por influencias políticas, mis denuncias han sido rechazadas y archivadas, cuando he INDIVIDUALIZADO a varios de los culpables de los hechos punibles en mi contra...*". Ante tamaña aberración, ¿qué corresponde? La lógica más elemental indica: "Demandar al Estado Paraguayo".

Ciertamente, como lo ha expuesto el apelante, ante este tipo de denuncias no es dable exigir al litigante filmaciones de las torturas o actas notariales, por las condiciones en las que se efectúan este tipo de actos. Sin dudas, las deposiciones de personas recludas con el afectado tienen la suficiente fuerza probatoria para acreditar este tipo de hechos.

Admitir lo contrario significaría, sin ir más, una negación absoluta de las reparaciones por este tipo de violaciones de los DD.HH.

Además, el Estado Paraguayo, con respecto a estas declaraciones, guardó silencio, no impugnando el valor formal ni ideológico de estas pruebas, por lo que no existen reparos en que las mismas sean admitidas como elementos de convicción de los hechos relatados.

Bajo estas circunstancias, como ya se sostuvo en fallos anteriores, más allá de la atribución de las acciones a un funcionario en especial, lo que subyace es una falla en los Organos del Estado con respecto a la garantía de no violación de los derechos humanos.

Cabe recordar que la obligación del Estado, en materia de DD.HH., no se limita a la abstención de actos atentatorios contra los derechos inherentes al hombre, puesto que, como es sabido, la misma importa, además, acciones programáticas y de garantías de no violación de los mismos.

Sin dudas, esta obligación de garantía de protección de los DD.HH. fue incumplida por el Estado Paraguayo en el caso en estudio.

La situación se agrava al advertir que, efectivamente, el actor fue procesado en la Justicia Ordinaria y en la Militar por el mismo hecho. Constatación que, sin dudas, denota un absoluto colapso en las Instituciones encargadas de velar por la protección de los derechos humanos.

Tal fue el grado de descoordinación entre las Instituciones, en detrimento de los derechos del actor, que cuando un Juez Civil, oficio mediante, comunicó a la Justicia Militar la sustitución de la medida privativa de libertad por otra menos gravosa para el actor, ésta última no la cumplió de manera inmediata.

En efecto, el 25 de mayo de 2001 el juez Pedro Mayor Martínez –fs. 15– informó al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva. Sin embargo, el 30 de enero de 2.002, la esposa del actor seguía peticionando el cumplimiento de dicha orden judicial. Claramente, esto constituye un atropello a los derechos humanos de W.

Llama la atención que la Procuraduría General de la República no haya atinado en justificar la razón que impedía cumplir con una orden judicial.

Podría admitirse ciertos conflictos de jurisdicción que, eventualmente, justifiquen –al menos temporalmente– un doble juzgamiento simultáneo por el mismo hecho, sin embargo, el “*incumplimiento de una orden judicial*”, sin justificación alguna, resulta incomprensible.

No es admisible que, tratándose de la *libertad de una persona*, las instituciones no hayan podido unificar el procedimiento en evitación de lesiones graves a los derechos humanos del actor.

Pues bien, sin dudas, estos hechos justifican la admisión de esta demanda.

En el análisis de la Sentencia en revisión, sostiene el apelante: "...el juez maliciosamente afirma que, en forma genérica he señalado los daños y perjuicios morales y patrimoniales que he sufrido, y por los cuales he demandado al Estado Paraguayo, cuando VV.SS. podrán observar en el expediente respectivo de fs. 30 al 59, que he mencionado todos y cada uno de los ítems de manera detallada, los cuales debieron ser corroborados por el Juez, además de presentar las irrefutables pruebas, con el escrito inicial ... Señala a continuación que: "el juzgador ha percibido la supuesta "exigüedad" de dichas pruebas, como ser: las fotografías de las lesiones sufridas, el diagnóstico médico por parte del forense de turno y del Agente Fiscal de la causa que corroboran las lesiones sufridas; el informe oficial del Parlatino, realizado por la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Latinoamericano que se ha hecho presente en el Paraguay sola y exclusivamente por mi caso en los primeros días del mes de marzo de 2002 y que ha arribado a la conclusión, luego de conversar "con altas autoridades nacionales", incluyendo al presidente de la República, al presidente de la Corte Suprema de Justicia, al presidente de la Suprema Corte de Justicia Militar, al ministro de Defensa Nacional, al presidente del Congreso Nacional, al comandante de las Fuerzas Militares y el juez Pedro Mayor Martínez, entre otros, "que mi caso obedece sola y exclusivamente a una persecución política".

Agrega que: "la Procuraduría de la Nación, ni siquiera se ha ocupado en ofrecer como testigo a una sola de las personas que como representantes del Estado Paraguayo han violentado gravemente mis derechos, ni ha agregado una sola prueba documental que desbarate mis manifestaciones y las contundentes pruebas que presente...", por lo que mal podría sostener, como lo hizo, que el Estado Paraguayo, "ha desbaratado mis afirmaciones".

Luego hace referencia al Nudo Gordiano de la presente Litis, al sostener "El Juez Mongelós exime al Estado Paraguayo de culpa, al pretender que debí demandar a todas las personas que violentaron gravemente mis derechos a quienes ya he denunciado en la esfera castrense y en la esfera penal , sin que

haya logrado mi cometido, pues la influencia política generada en mi contra , ha hecho que las causas sean archivadas y que quedaran impunes los violadores de la integridad física y psicológica de mi persona”. Reitera la serie de arbitrariedades, cometidas a su criterio, por el Estado Paraguayo, al no prosperar las denuncias formuladas contra sus funcionarios y empleados, ante diversos órganos jurisdiccionales.

Trae a continuación citas doctrinarias y jurisprudenciales, que avalan las afirmaciones sostenidas, entre las cuales menciona “...el A.I. N° 1.200 de fecha 16 de agosto de 2005, emanado del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno a cargo del magistrado Hugo Bécker, en los autos caratulados: “M. del C. A. de B. c/ El Estado Paraguayo y el Ministerio de Educación y Cultura s/ Indemnización de Daños y Perjuicios.” Además de todos y cada uno de los casos de indemnización por daños y perjuicios, que fueron tramitados en los distintos juzgados y resueltos a favor de las personas, víctimas de violaciones de los derechos humanos, durante la dictadura instaurada en el país, entre el año 1954 y el año 1989.” Luego hace referencia a varias jurisprudencias y doctrinas Argentinas, válidas para nuestro sistema, de entre, las que, creemos de importancia la siguiente, por contener principios básicos generales de Instituciones normativas, sobre la responsabilidad del Estado. “...en líneas generales debemos decir que la acción reparatoria impulsada, encuentra sustento, en el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, permitiendo de tal manera dirigir en su contra, aquellas acciones apuntadas a endilgarle responsabilidad contractual y extracontractual y hacer surgir el consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos, en ejercicio de sus funciones del poder, además de su responsabilidad por su accionar ilícito”.

Que, asimismo, podemos decir que el fundamento jurídico de la responsabilidad estatal, se encuentra en la propia Constitución Nacional, toda vez que, como sostiene, entre otros, Dromi, “Derecho Administrativo”, Ed. Astrea (1992), la actividad de algunos de sus órganos causa un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en su articulado. Que así como nuestro ordenamiento jurídico constitucional reconoce a favor del Estado ciertas facultades frente a los habitantes, del mismo modo establece y reconoce también los derechos de los individuos, frente al Estado, persiguiendo equilibrar de tal manera, este fuego cruzado, de

tal manera que, ante el reconocimiento indiscutible de las atribuciones estatales, emerjan protegidos, los derechos inalterables de los individuos”.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad subsidiaria del Estado, cabe referir que este Magistrado, en voto concurrente, ya se pronunció con respecto a la misma, cuando se ventilan cuestiones de derechos humanos.

En efecto, cuando el caso debe ser analizado desde la perspectiva de los “Derechos Humanos”, el artículo 106 de la Constitución Nacional no puede fundar una falta de acción pasiva en cabeza del Estado Paraguayo. Tampoco resultan admisibles las normas del código civil referentes al tema.

En varias causas, como el juicio caratulado: “Derlis Benitez c/ El Estado Paraguayo s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”. O el Expediente: “O. A. c/ C. A. B. y Otros s/ Indemnización De Daños y Perjuicios” Se Sostuvo:

*“Con respecto a este punto, es necesario analizar si el Estado está o no legitimado pasivamente, en forma directa, para responder a la pretensión postulada por el demandante.*

*Sobre el particular, el A-quo atribuyó, a la luz del artículo 106 de la Constitución Nacional, una responsabilidad subsidiaria al Estado, sosteniendo, al mismo tiempo, que la responsabilidad directa por los actos irregulares, recae sobre el agente estatal autor del ilícito. Siendo así, concluyó el Juez, el actor debió integrar la litis con los funcionarios responsables del ilícito para activar; en caso de insolvencia de estos, la responsabilidad directa del Estado.*

*Estas conclusiones lejos están de ser antojadizas, al contrario, las mismas han sido suficientemente abonadas por la doctrina y jurisprudencia y, lo que es más, surge nítido del artículo 106 de la Constitución Nacional. Así, no caben dudas de que nos adscribimos a estas opiniones.*

*Sin embargo, como quedó visto, el caso analizado tiene matices que deben ser tenidos en cuenta para resolver esta cuestión. Detengámonos en esto.*

*Conforme al análisis anterior, surge claro que los hechos expuestos por el actor campean en el ámbito de los derechos humanos. Por ello, es menester analizar el caso desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos.*

*En este sentido, al decirlo con el Prof. Claudio Nash, podemos afirmar que los Estados, en el ámbito Internacional, no sólo se obligan a respetar los derechos humanos, sino que, además, asumen la obligación de garantizarlos, lo que supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función esta-*

*tal para asegurar, de manera efectiva, el pleno goce de los derechos. En este sentido, las violaciones a los derechos humanos no sólo se configuran con la acción del Estado o sus agentes, sino que, también, con la omisión.*

*Pues bien, en el caso que nos ocupa, los hechos invocados por el actor, que, reiteramos, deberán ser dilucidados en la etapa procesal pertinente, pueden abordarse desde dos aristas. La primera de ellas desde el punto de vista de la acción directa de los funcionarios que participaron activamente en el ilícito denunciado, que es la optada por el Juez; y la segunda, desde la perspectiva de la inactividad del Estado ante estos hechos y su decisión de no diseñar e implementar las políticas públicas que eviten las violaciones a los DD.HH.*

*Es decir, ahondando en la cuestión, en el supuesto de que los hechos alegados por el actor sean probados, tendremos por un lado la comisión de ilícitos cometidos por funcionarios lo que, sin dudas, no podrían más que encuadrarse en el concepto de actos irregulares en el ejercicio de sus funciones. Situación en la que se activaría el mecanismo previsto en el artículo 106 de nuestra Carta Magna. Pero, al mismo tiempo, sin que ambas interpretaciones se excluyan, tendremos, por el otro lado, una clara omisión o acción deficiente del Estado para garantizar el goce de las libertades jurídicas del hombre.*

*La omisión o acción ineficiente del Estado, en este sentido, no equivale a la otrora política del gobierno para estructurar un mecanismo de represión a los detractores del sistema. Debemos disgregar estos conceptos para comprender el punto. En la conocida operación CONDOR, por traer un ejemplo, cuanto se advierte es una política positiva, una acción directa de altos mandos del gobierno para perseguir y reprimir a quienes defendían una ideología distinta a la del gobierno autoritario, incluso a nivel transfronterizo.*

*La mecánica de las omisiones, a las cual nos referimos, es distinta. Se trata, en este caso, de la toma de decisiones administrativas regulares -generalmente dentro del ámbito de los actos discrecionales-, pero desacertadas en función a la tutela de los DD.HH.*

*Como lo sostiene el Prof. Nash, la exigencia del Estado va más allá del respeto de los derechos básicos, importa, además, la toma de decisiones y la implementación de mecanismos tendientes al aseguramiento y afianzamiento, de manera efectiva, del pleno goce de los derechos fundamentales”.*

Así planteada la cuestión, surge de las constancias obrantes en autos, fs. 6 y siguientes, que la Comisión de los Derechos humanos del Parlatino expre-

saba “ la sucesión de procesos judiciales enfrentados desde 1994 por el teniente coronel W. W., constituye una situación irregular al usarse a la Justicia para ejercer reiteradas represalias sobre un individuo ante hechos de evidente contenido político” Cabe preguntar, ¿quién o quiénes utilizaban a la Justicia? Evidentemente el Estado Paraguayo. Ante tales circunstancias, ¿sería razonable atribuir responsabilidad a los empleados o funcionarios públicos, en los términos prescriptos por los Arts. 106 y 1845 de la C.N. y el C.C. respectivamente? Objetivamente, la respuesta es negativa. En consecuencia, de quién es la responsabilidad por los usos y abusos del Derecho, ejercido contra el actor? La respuesta cae por su propio peso. La responsabilidad es del Estado paraguayo, representado por los mandamases de turno, que durante casi una década ejercieron una y otra vez acciones judiciales tendientes a inculpar al recurrente. La Comisión de Derechos humanos del Parlatino, sobre el particular expresa lo siguiente: “...las acusaciones de que ha sido objeto este militar en más de una docena de oportunidades en los últimos ocho años, recibiendo en cada una de ellas el sobreseimiento libre, denotan un fenómeno que sólo tiene explicación en el contexto de las convulsiones políticas que han ocurrido en esa hermana nación en el último decenio”. La mencionada Comisión, tras otras consideraciones, termina su informe, solicitando “una investigación más profunda y detenida que despeje de una vez por todas la verdad...”.

En aplicación del principio *Iura Novit Curia*, debemos señalar, en primer lugar que las acciones judiciales instauradas en los distintos ámbitos, tal como informa la Comisión de Derechos humanos del Parlatino, contra W. W., son acciones conexas originadas en las referidas convulsiones políticas, que datan del año 1989, con concatenada secuencia que se proyecta hasta nuestros días. Es cierto que los distintos procesos son autónomos, circunstancia que no impide señalar su origen común como fuente de la violación de los Derechos Humanos. No debe olvidarse que el actor en estos autos, participó de la rendición al general Stroessner y sus generales, llegando hasta el refugio de los mismos, con riesgo innegable de su propia vida. Los hechos mencionados tangencialmente, son traídos a colación, para ilustrar objetivamente la causa y origen de las vicisitudes sufridas por el recurrente, buscando reivindicar sus legítimos derechos, que en una década de procesos, ha quedado con su familia prácticamente en la indigencia. A fs. 43/55 de autos, obra en forma pormenorizada el calvario soportado por él y su familia, que finalmente lo condujo a la situación

de postración en que se encuentra, motivo de esta demanda contra el Estado paraguayo.

Los hechos mencionados, aun para los menos avezados, son de conocimiento público y es sabido que, siendo de esa naturaleza, por ser hechos notorios, no necesitan ser probados, de modo que los extremos alegados por el recurrente, tanto en su escrito de demanda, como en su expresión de agravios, son hechos ciertos que autorizan al Tribunal a juzgar conforme a Derecho, y en la búsqueda del ideal de Justicia, hecho que justifica el monto solicitado.

En efecto, en materia de Derechos Humanos no se puede cuantificar por plazo, sean días, meses o años, los efectos materiales y espirituales de las torturas, persecuciones que a diario sufren las víctimas en forma directa, e indirectamente con la misma gravedad y, en determinados casos, en forma más grave aún los miembros de una familia o comunidad, como fue evidente la causa que derivó en los sucesos conocidos y discutidos hasta la fecha.

Por dichos motivos el Art. 452 del Código Civil Paraguayo, faculta al juez a justipreciar los daños que pudieran ocasionar determinados hechos que sirvan de sustento o fundamento a demandas por indemnización de daños y perjuicios, y daños morales, como es el caso que nos ocupa. Por eso, no se puede analizar pormenorizadamente ni menos exigir en forma documentada los daños y perjuicios que durante 10 años soportó el actor y su familia (fs. 6 y siguientes) en una docena de procesos, tal como informara la Comisión de Derechos Humanos del Parlatino, presente in situ, para la investigación y confirmación de lo que aquí se menciona. El citado documento que no constituye parte de una prensa amarilla por provenir de una institución de carácter oficial, a nivel internacional, es suficiente para que cualquier magistrado conciente valore en su cabal dimensión el quantum correspondiente a la indemnización solicitada, que en puridad, para esta Magistratura corresponde, objetivamente, más aún considerando que hechos tangenciales no mencionados en este juicio y también atribuidos al actor, causaron al mismo y a su familia perjuicios irreparables, lo que nos induce a adelantar el criterio de considerar justa la indemnización solicitada. Finalmente es de señalar que, el quantum indemnizatorio en materia de violación de Derechos Humanos, no puede equipararse a la indemnización de cualquier otro hecho jurídico que pudiera motivar una reparación, la razón es sencilla, en un accidente de tránsito o en cualquier otro juicio por indemnización resulta fácil hacer una operación matemá-

tica para cuantificar el daño ocasionado o sufrido; sin embargo la violación de un Derecho Humano con toda su gravedad y sus secuelas puede consumarse en minutos o en años. Los ejemplos que podemos traer a colación son múltiples y no hace falta especificar pormenorizadamente. Tan solo citaremos algunos casos para que cada quien saque sus propias conclusiones: 1) El famoso vuelo de la muerte del operativo cóndor necesitaba a lo sumo treinta minutos para poner fin a una vida humana; 2) Las tumbas NN de los “Destinados”, por lo mucho se consumaban después de la media noche; 3) El caso particular que nos ocupa puede calificarse como una lenta agonía, que in tener las características de los casos mencionados anteriormente, se prolonga en el tiempo, ya más de una década, convirtiéndose, prácticamente para el afectado en una “Muerte Civil” o *capitis diminutio maxima*, motivos que inducen a la aplicación del Art. 422 del Código Civil, que faculta al juzgador a fijar la indemnización en consideración al perjuicio directo y daños colaterales para el actor y sus familiares como quedara dicho en reiteradas oportunidades. Es por ello que consideramos innecesario realizar un cálculo matemático al respecto y consideramos justo y prudente el monto indemnizatorio solicitado.

Reiterando, sobre la responsabilidad del Estado, para esta Magistratura, ella no ofrece ninguna duda. En efecto, mal podría comprenderse que, durante un decenio se sucedieran funcionarios o empleados públicos, que actuaran en forma arbitraria e ilícita, *per se*, sin contar con la anuencia, la bendición o la coacción del Estado Paraguayo, representado por los gobernantes de turno. Esta conducta se encuadra dentro de las previsiones contenidas en los artículos 1.835 y 1.842 del Código Civil. El primero dispone: “...Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda la lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral, solo competará al damnificado directo. Si el hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. Mientras que el segundo expresa: “...El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de este”. En el mismo sentido, tanto la Jurisprudencia como la Doctrina consagran idéntico postulado (fs. 156/58), no dejando ninguna duda de la responsabilidad del Estado, para el caso que nos ocupa, tanto para ser parte demandada, como de su responsabilidad emergente.

Al respecto, el actor peticionó la suma de Gs. 3.500.000.000, alegando que el mismo constituye una reparación por la pérdida de su carrera militar, salarios impagos, daño emergente, daño moral, entre otros.

En consecuencia, es nuestro criterio que, por la particularidad que reviste el presente juicio, y otros procesos que, se sucedieron durante 10 años aproximadamente, todos ellos con sobreseimiento libre para el recurrente, justifican a plenitud, la Indemnización en diversos conceptos, solicitada al Estado Paraguayo, que lejos de salvaguardar los derechos e intereses ciudadanos, instrumentó a Funcionarios y Empleados públicos, contra los mismos, siendo en consecuencia el único y principal responsable de los desmanes cometidos contra W. W. ¿Hace falta enumerar taxativamente tales desmanes? Creo que no. Son suficientemente conocidos y merecen una justa y reparadora indemnización en la forma y por la suma solicitada, que bajo los rubros de daño emergente, lucro cesante y daño moral, alcanzan la suma de Gs. 3.500.000.000 más el tres por ciento (2,75%) de intereses legales desde el inicio de la presente demanda.

Por las consideraciones que anteceden, esta Magistratura llega a la conclusión que debe hacerse lugar al recurso de apelación, revocando la sentencia apelada, por no estar ajustada a derecho, conforme quedara demostrado con los argumentos esgrimidos en el exordio de la resolución, con costas.

A SU RESPECTIVO TURNO EL MIEMBRO YNSFRÁN SALDÍVAR manifiesta que se adhiere al voto del colega preopinante por los mismos fundamentos.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN, EL DR. CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, dijo: La parte actora se agravia contra la Sentencia en alza. En primer lugar debemos hablar de la prescriptibilidad o no de las acciones civiles para el reclamo del crédito indemnizatorio por violación de los derechos humanos.

Siendo que uno de los hechos alegados por el apelante tiene que ver con una supuesta tortura a nivel físico y psicológico, debemos manifestar que estamos en un estado democrático que debe respetar los tratados internacionales, tanto como a la ley positiva nacional. El Paraguay es signatario del Pacto de San José de Costa Rica, que establece la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de torturas, que se halla plasmada en nuestra Constitución Nacional, representando una garantía constitucional, el art. 5 dispone: *“Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El*

*genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles” en concordancia del art. 45 que dice: “...La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.*

Que, siendo entonces uno de los hechos denunciados por la parte actora una supuesta tortura que habría sufrido por razones políticas. La conclusión a la que arribamos a la luz de las normas constitucionales indicadas es la imprescriptibilidad de la acción por torturas.

Otro postulado sostenido por el apelante es que ha sufrido menoscabo de sus derechos humanos, sosteniendo que ha sido enjuiciado dos veces por el mismo hecho, que estuvo privado de su libertad arbitrariamente, y que sufrió una persecución inmisericorde de parte de la Justicia Militar. En este contexto de cosas debemos expresar que una de las características que hace a la propia esencia de los DD.HH. es su imprescriptibilidad. Esto es así, en razón de que los derechos inherentes al hombre no están condicionados a plazos por ser conaturales a la propia existencia del individuo y, fundamentalmente, por corresponder a la categoría de derechos iuscogens.

Entonces, si los derechos humanos son imprescriptibles, debemos preguntarnos si son viables las reparaciones por violaciones a tales derechos. Es decir, debemos discernir si la imprescriptibilidad afecta, también, en el ámbito civil de las indemnizaciones.

Así, debemos preguntarnos si las reparaciones pretendidas por la actora son inherentes a la dignidad humana. Al respecto, no caben dudas de que la obligación del Estado de reparar las violaciones de los DD.HH. es inseparable a la dignidad humana. Una conclusión contraria nos llevaría a interpretar restrictivamente la tutela de este tipo de libertades jurídicas, entendiendo que la obligación del Estado termina con el diseño e implementación de políticas públicas de protección y garantía de goce de los derechos básicos y con la sanción penal de los responsable de las violaciones de estos derechos, dejando fuera del ámbito de protección a las reparaciones de los daños generados por la afectación de estos derechos.

Sin dudas, no existen razones atendibles para limitar la interpretación de los DD.HH. contrariamente a los principios de progresividad y pro hómine.

En estas condiciones, la interpretación del citado art. 5° de nuestra C.N. no puede ser efectuada con criterios puramente gramaticales. Es menester, como quedó visto, integrar a la exégesis los principios antes aludidos.

En abono de estas conclusiones debemos mencionar que la inclusión del Estado Paraguayo al Sistema Interamericano de DD.HH. y al Sistema Universal de Protección a los DD.HH. (NN.UU.) implica un reconocimiento, incondicional, de la imprescriptibilidad de los derechos humanos, sin permitirse discriminaciones con respecto al área en el cual se defiende su respeto o se exigen las reparaciones por la violación de los mismos.

Determinado entonces de acuerdo a todo lo expresado queda claro que los hechos denunciados por el actor son imprescriptibles, no solo en cuanto a las acciones penales, sino también las civiles por la prelación de normas. Corresponde seguidamente pasar a estudiar si el Estado puede ser demandado directamente en casos de violaciones a los DD.HH.

Ahora bien resulta determinante aclarar que los hechos en los que se funda la demanda, como ya lo indicamos en los párrafos antecedentes, son hechos catalogados como violación a derechos humanos. Y, en ese sentido conviene precisar, a nuestro criterio, cuáles son puntualmente tales hechos sobre los cuales descansa la pretensión del accionante, a los efectos de ordenar el razonamiento deductivo que se desarrollará en el presente fallo. Tenemos entonces que el actor invoca que; a) sufrió una persecución arbitraria de parte de Jueces de la Justicia Militar; el Tte. J.M. S. S.Y. y la juez Militar My. J.M. M. F. M. de M., con el aval del Gral. Div. J.J (S.R.) F. F. en el marco de un juicio militar, b) que mientras el tiempo de investigación estando privado de su libertad fue víctima de tortura física y psicológica, c) que el mismo fue sometido a juicio dos veces por el mismo hecho, d) y que fue privado de su libertad de forma ilegítima.

Ante los fundamentos expuestos por el actor, la Procuraduría General de la Republica, a fs. 62/64, contesto la demanda invocando, en lo fundamental de su defensa, el art. 106 de la C.N. concordantes con el C.C. respecto a la responsabilidad sin culpa.

En defensa, como ya se dijo, la Procuraduría General de la República resaltó que el actor debió integrar esta demanda con las personas físicas involucradas en los hechos denunciados, a los efectos de activar, eventualmente, el sistema de responsabilidad del Estado, subsidiaria de conformidad al artículo 106 de la C.N.

Como ya fuera dicho y como ha quedado determinado que los hechos expuestos por el actor se circunscriben en la esfera de los derechos humanos, pasaremos a analizar si el Estado está o no legitimado pasivamente, en forma directa, para responder a las pretensiones alegadas por el actor.

De lo expuesto precedentemente tenemos que los hechos sostenidos por el actor pueden contemplarse desde dos perspectivas. La primera de ellas desde el punto de vista de la acción directa de los funcionarios que participaron activamente en los ilícitos denunciados; y la segunda, desde la perspectiva de la inactividad del Estado ante estos hechos y su omisión en no delinear o poner en práctica políticas públicas que impidan las violaciones a los DD.HH.

Pasaremos a desarrollar seguidamente la tesis según la cual existiría acción directa para demandar a los funcionarios que participaron activamente de los ilícitos invocados por el actor. Conforme a la tesis aludida, la misma consistiría esencialmente en que si tenemos en cuenta la naturaleza de los hechos tipificados por el accionante, que hacen a la violación de los derechos humanos, debe entenderse, en principio, que la responsabilidad directa e inmediata que deriva de tales hechos ilícitos debe recaer personalmente en los funcionarios o agentes que han cometido tales irregularidades, de donde resulta que la responsabilidad que se pretende reclamar al Estado Paraguayo en esta causa no sería directa ni solidaria con tales agentes o funcionarios públicos, sino subsidiaria. Por ello, el accionante debe dirigir su pretensión resarcitoria -en principio- contra los responsables directos de los actos ilícitos, es decir, contra los que cometieron tales hechos contrarios al Derecho, y, subsidiariamente, contra el Estado Paraguayo, en su caso, de tal manera que el proceso pueda tramitarse contra ambos legitimados pasivos (uno principal y otro subsidiario), a fin de que, en el supuesto de que recaiga sentencia condenatoria a favor del actor, éste pueda reclamar el crédito de la indemnización correspondiente a los directamente responsables y, en caso de insolvencia acreditada de los mismos, subsidiariamente al Estado paraguayo. Entonces, siempre según esta tesis que venimos desarrollando, llegaríamos a la conclusión de que el accionante no ha actuado de la manera indicada por cuanto que, lejos de promover la demanda resarcitoria contra el Estado Paraguayo, en su caso, promovió la acción indemnizatoria únicamente contra éste último, en forma directa, comportamiento procesal que ha motivado la defensa articulada por la Procuraduría General del Estado al sostener la falta de acción por falta de legitimación procesal pasi-

va con base en el artículo 106 de la Constitución y disposiciones concordantes. Se concluye entonces, conforme a la tesis desarrollada precedentemente que la integración de la litis en estos autos, sería incorrecta y no se ajustaría a Derecho.

Ahora bien, y pasando al desarrollo de la segunda tesis aludida, la que sostiene que existiría responsabilidad directa del Estado en atención a la inactividad del mismo ante la perpetración hechos ilícitos cometidos por sus funcionarios, y su omisión en no delinear o poner en práctica políticas públicas que impidan las violaciones a los DD.HH. Tenemos que la falta de políticas públicas adecuadas y eficientes para el respeto de las libertades individuales, inherentes a la propia dignidad del hombre, son actos regulares del Gobierno. También resaltamos que el caso en estudio lleva ínsito en los hechos la denuncia del incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos esenciales de todo ciudadano conforme a la C.N., como lo son sin duda los derechos procesales. Debemos tener en cuenta que los hechos fueron de público conocimiento, y el Estado, salvo la Corte Suprema de Justicia, nada hizo para remediarlos.

Resulta evidente, si miramos el panorama jurídico internacional, el cual bajo ningún punto de vista podemos dejar de considerar, que en estos tiempos la violación a los derechos humanos es considerado un delito expresamente castigado en la legislación internacional por el Derecho Internacional Humanitario, cobrando fuerza en la esfera internacional la idea de que no sólo le cabe responsabilidad al agente causante de tales violaciones, sino también eventualmente al Estado por omisión en el cumplimiento de su deber. Máxime, en nuestro caso en estudio, al no haber existido precisión en las acciones que el gobierno debió implementar, direccionadas a proteger los DD.HH. del actor, y sobre todo a prevenir su abierta violación. Por lo que hay que entender que “la violación a los derechos humanos del actor”, antes que un suceso intempestivo e inesperado, fue el resultado de un proceso de exacerbación de tales derechos violentados por los agentes o funcionarios en el ejercicio regular de sus cargos en forma sistemática. Por lo que, definitivamente no podemos considerar que el Estado, entendido como sujeto de derechos y obligaciones, pueda esquivar su directa responsabilidad en la reclamación patrimonial deducida.

Sino muy por el contrario, comprendemos que los derechos humanos son hoy mucho más que un mero ideal de la humanidad. Son un amplio cuerpo de

leyes que obligan a los Estados. Su fuente más importante es, sin lugar a dudas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual sin embargo no tiene fuerza obligatoria, tratándose de una Declaración y no de un Tratado. El espíritu de la Declaración Universal se ha transmitido, de otro lado, a una serie de convenios y pactos de la comunidad de los Estados participantes de la O.N.U., tal como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura de 1984 y muchos más, que sí son tratados internacionales que obligan a los Estados ratificadores a cumplir con ellos.

La mayoría de las constituciones, comenzando con la de EE.UU. de 1776, contiene un catálogo de los derechos fundamentales e inalienables de los ciudadanos y las ciudadanas. El derecho penal y administrativo, normalmente traducen estos principios de las constituciones en normas concretas para garantizar a los ciudadanos el goce de sus derechos fundamentales y para definir sus límites de manera transparente e inequívoca.

Los convenios internacionales son pactos entre gobiernos, tal como la misma O.N.U. es una organización de Estados. Por lo tanto, los sujetos obligados por los pactos internacionales de derechos humanos son los Estados, no las personas ni organizaciones privadas. El derecho internacional, por su misma naturaleza, es un derecho de Estados. Desde esta perspectiva queda claro que también el derecho internacional de DD.HH. es un derecho pertinente exclusivamente a los Estados.

El derecho constitucional norma el funcionamiento del Estado a nivel nacional. Fija las relaciones entre ciudadanos y Estado. El alma de cada Constitución democrática es, en consecuencia, un catálogo de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos que el Estado debe respetar.

Aquí también, el que es llamado a cumplir con los derechos humanos, es el Estado. Tiene que adecuar todo su sistema legal, y por supuesto su comportamiento real, a un respeto cabal de los DD.HH.

Si de tal manera los derechos humanos, a nivel internacional y nacional son ligados al derecho de los Estados, no es de sorprender que existe casi unanimidad entre los juristas de todo el mundo que los DD.HH. son esencialmente una normación de los derechos de las personas frente a los Estados y que son estos los responsables exclusivos para cumplir con ellos y vigilar su acatamiento.

En este sentido existe una relación de derechos y obligaciones “unidireccional” entre el Estado y los ciudadanos. Visto el Estado como único legítimo representante del bien común, es el único garante de los derechos de sus ciudadanos, y por lo tanto el único que puede ser requerido en caso de violación de estos derechos.

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, sostenemos que cierta interpretación del art. 106 de la C.N., que no compartimos, cede su condición de barrera infranqueable para la exigibilidad directa al Estado Paraguayo de la reparación pretendida por el actor, debido que nos hallamos, además de las actuaciones irregulares de los funcionarios, ante un acto administrativo regular con incidencia en los derechos humanos. Más todavía teniendo en cuenta que, en materia de DD.HH., como quedará evidenciado líneas arriba, el concepto que va cobrando fuerza afirma que el Estado no puede ampararse en su legislación interna para excusarse de su obligación de respetar y garantizar el goce de los DD.HH.

Entonces, surge claro que los DD.HH. penetran el armazón de la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado. No sólo por la eventual responsabilidad internacional (sostenidos por algunos) del mismo ante las violaciones de los derechos fundamentales, la que no podría excusarse en una norma interna, repetimos, sino también, por la política deficiente en cuanto a la implementación eficaz y real de esquemas de protección y garantía de los derechos humanos más elementales, lo que, como quedó plasmado, debe ser entendido como un acto regular de administración. Además, no escapa de nuestra atención de que él varias veces citado art. 106 de la C.N., además de fijar que el Estado responderá subsidiariamente por los ilícitos de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones, de modo alguno fija la irresponsabilidad directa de este por tales acciones.

Pues bien, en este estado de cosas, va de suyo que corresponde analizar la procedencia del reclamo indemnizatorio que nos ocupa.

El apelante se agravia contra la sentencia recurrida y critica de manera general las razones expuestas por el A-quo. Sostiene que el Juez Mongelós omitió mencionar entre las numerosas pruebas rendidas por su parte a la causa, el testimonio de varios testigos. Critica de manera general las razones expuestas por el A-quo en el fallo impugnado. Aduce que como consecuencia de la violación grave de sus derechos y garantías constitucionales enunciados tanto

en la Constitución como en las demás leyes vigentes, fue objeto de un proceso arbitrario ante la justicia militar. Asevera que fue procesado injustamente por motivos políticos, y que fue perseguido por la Justicia Militar.

La Procuraduría General de la República en su escrito de contestación de demanda a fs. 62/64, en cuanto a la demostración del daño alegado por el actor, ha afirmado que la acción planteada “*deviene total e incontrovertiblemente improcedente, pues como se ha dicho ni tan siquiera se ha probado el daño causado*”. Centrando su defensa, por lo demás, en una negativa general y particular en relación a las afirmaciones expuestas en la demanda. Luego, a fs. 130/133, la parte demandada en su escrito de alegatos, en cuanto a la pruebas invocadas por el actor, sostiene que “*al no acreditarse en autos la verosimilitud del derecho invocado por la actora, la presente demanda debe ser rechazada por improcedente*”. Sostiene en dicho escrito, que para ser sujeto de derecho a la reparación de un perjuicio, la causa y las personas, que dieron origen al mismo deben estar bien determinadas a los efectos de establecer si el acto que causó tal consecuencia es o no antijurídico, y de esta forma establecer la responsabilidad del agente para la determinación de una indemnización justa a la víctima. Afirmando, luego que, en autos no fue probado tales extremos, en consideración a que el actor dirige como responsables directos de los supuestos daños sufridos por el mismo y su familia a los funcionarios castrenses a quienes se lo ha individualizado en varias ocasiones en el juicio, y contrario a ello indica como responsable para el pago de los reclamado al Estado Paraguayo, en total contravención a las disposiciones constitucionales y legales. Igualmente, recalca que el Estado no puede ser responsable civilmente ni de ninguna otra laya del supuesto hecho, por qué no ha violado ninguna ley, ni tampoco ha contravenido reglamentaciones o normas pertinentes que rigen la materia. Invoca el arts. 106 de la C.N. y los arts. 1833, 1845 y 1846 del Cód. Civil.

Tal como hemos visto, la Procuraduría General de la República solo ha criticado mínimamente la admisión de esta demanda diciendo que el actor no probó ninguno de los hechos alegados. Por lo demás, el representante del Estado Paraguayo se basó en su escrito de expresión de agravios en relación al daño invocado por el actor no hizo más que reiterar sus argumentos en cuanto a que el Estado no puede ser responsable civilmente de los supuestos hechos, y que tampoco se ha verificado contravenciones reglamentarias de ningún tipo que puedan ser imputadas al Estado.

Que, al estudiar las constancias de autos y verificar los términos en que fue trabada la litis, tenemos que los hechos ilícitos generadores de la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios versan en que: el 1) TCnel. W. W. habría sido objeto de un doble juzgamiento en distintas jurisdicciones (ordinaria y militar), 2) que habría sufrido arbitrariamente persecuciones de parte de Jueces de la Justicia Militar en el tiempo que estuvo procesado en la esfera castrense. Igualmente tenemos que los hechos generadores de los ilícitos supuestamente cometidos en contra del citado actor tienen que ver con que el mismo 3) habría sido torturado física y psicológicamente, y que también habría sido 4) privado de su libertad de manera ilegítima.

Pues bien, entrando a considerar los elementos de juicio incorporados a este proceso a los efectos de determinar la ocurrencia del daño o no, tenemos necesariamente que manifestar la evidente insuficiencia del material probatorio aportado por la parte actora en este juicio. En ese sentido, es de resaltar que la acción de daños y perjuicios, es quizás la más trabajosa y espinosa de las acciones civiles, cobrando una importancia transversal el “*onus probandi*” de los litigantes a los efectos de dilucidar la cuestión controversial suscitada en autos, y ofrecer al juzgador claridad y convicción a la luz de la “*sana critica*” al momento de considerar los presupuestos fácticos de la acción planteada y las fundamentaciones jurídicas que se expondrán en el fallo pertinente. Máxime, si consideramos que la parte demandada, categóricamente, es la persona jurídica de derecho público más importante de la República, el mismo Estado Paraguayo, a quien el actor reclama la indemnización por actos ilícitos atribuidos a funcionarios públicos del ámbito militar. Entonces, tenemos que el actor evidentemente debió extremar dicha actividad procesal a fin de acreditar irrefutablemente los extremos alegados en su escrito inicial de demanda y que fueron controvertidas en el escrito de contestación por la adversa. Y, es que el poder dispositivo de las partes conduce a la obligación de congruencia del juez con respecto a las pretensiones de las partes. También es de señalar, dentro del contexto que venimos exponiendo, que las pruebas incorporadas al juicio por la parte actora, y adjuntadas con su escrito de demanda resaltan por su desorden. Esta situación, paradójicamente va en desmedro de la propia parte actora conforme a sus pretensiones. En efecto, los testigos en consonancia y en atención al interrogatorio obrante a fs. 71/73 con 43 preguntados, simplemente han corroborado los mismos hechos indicados en el escrito de demanda, no aportando

mayores datos o cuestiones que merezcan la atención o consideración de parte de éste Juzgador.

En síntesis, así como no compartimos la postura del iudex A quo con respecto a que el Estado es solo subsidiariamente responsable por los daños de sus agentes (no ahorramos fundamentos para avalar tal postura), también compartimos con los ilustres preopinantes el hecho de que fueron debidamente acreditadas en autos las acciones y sucesos que generaron los daños y los perjuicios. Pero no compartimos, conforme lo expusimos en los párrafos precedentes que se hayan probado que esas acciones y sucesos hayan causado daño efectivo, o al menos la trascendencia y gravedad como lo sustentara el actor a lo largo del juicio, como tampoco ha quedado demostrado en forma manifiesta el *quantum* indemnizatorio solicitado por los rubros de daño moral, daño emergente y lucro cesante. Por lo que estamos por la confirmatoria de la resolución recurrida.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.

REVOCAR, con costas, la S.D. N° 170 de fecha 28 de marzo de 2007, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, y en consecuencia HACER LUGAR a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve W. W. contra el Estado Paraguayo, condenando a esta última a abonar al actor la suma de Guaraníes Tres Mil Quinientos Millones (Gs. 3.500.000.000) con un interés del 2,75% a partir del inicio de la presente demanda, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.

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

Magistrados: Carlos A. Escobar, Eusebio Melgarejo, Linneo Ynsfrán Saldivar.

Ante mí: Mónica Reguera Rolón, Actuaría.

**ACUERDO Y SENTENCIA N° 120**

**CHEQUE. Acción de regreso.**

Si el cheque no fue pagado en tiempo útil, el portador puede ejercer la acción de regreso contra los cheques, sean éstos libradores o endosantes, esta acción es totalmente procedente si el portador lo presentó en tiempo útil y no fuese pagado.

**CHEQUE. Acción de regreso. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. ACCIÓN. Acción Civil. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.**

Las personas obligadas son el librador, los endosantes y el avalista. Todas estas personas se obligan solidariamente con respecto al portador, es decir que, el portador tiene derecho a iniciar la acción contra todos los firmantes, pudiendo demandarlos conjunta o individualmente, esta acción no tiene un orden establecido en cuanto a los obligados sucesivamente. La norma procesal es bastante clara y explícita, cuando dice que la acción que fuera promovida contra uno de los firmantes no impide accionar contra los otros, aunque sean posteriores a aquel contra quien se ha procedido primeramente.

**CHEQUE. Acción de regreso. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. ACCIÓN. Acción Civil. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.**

La norma procesal es bastante clara y explícita, cuando dice que la acción que fuera promovida contra uno de los firmantes no impide accionar contra los otros, aunque sean posteriores a aquel contra quien se ha procedido primeramente.

**TApel Civ. y Com. Cuarta Sala. Juicio: “J. J. M. A. c/ C. S.R.L. Y OTROS s/ Prep. de acción ejecutiva”. 22/10/12 (Ac. y Sent. N° 120).**

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES:**

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: BASILICIO GARCÍAAYALA, RAÚL GÓMEZ FRUTOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE Dr. BASILICIO GARCÍAAYALA, dijo: El representante convencional de la codemandada M. A. P., abogado Patrocinio Vera Flecha, en su escrito de fundamentación de recursos de fs. 87/88 desiste expresamente del de nulidad, como y como no se observan vicios ni defectos en la resolución recurrida que motiven su estudio de oficio por esta alzada, corresponde tenerlo por desistido. ES MI VOTO.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GÓMEZ FRUTOS y el Dr. MELGAREJO CORONEL manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL PREOPINANTE BASILICIO GARCÍAAYALA, prosiguió diciendo: Contra la citada resolución se alza el recurrente, quien fundamenta este recurso, en el escrito de fs. 87/88, en el que expresa: "...Que, equivocada el A-quo al sostener que "La argumentación de los excepcionantes no se compadece con la realidad de autos" ya que en autos claramente están demostradas las manifestaciones vertidas en la Excepción, siendo claramente procedente dicha excepción, y esto es así teniendo en cuenta los presupuestos exigidos para la viabilidad de la presentación de excepción de inhabilidad de título, y que constituyen los siguientes: Al decir del Dr. Hernán Casco Pagano: a) No figura en la enumeración de los artículos 448 y 449 del C.P.C. b) No contiene una obligación de dar cantidad líquida de dinero (439 del C.P.C.) c) Quien lo ejecuta no es el titular de la obligación o se le ejecuta contra quien no es el deudor... La excepción de inhabilidad de título es improcedente si no se desconoce la deuda, salvo que se funde en la falta de exigibilidad de la obligación por no haberse el plazo condición (Código Procesal Civil, comentado y concordado Tomo II, página 853 y 853 del citado autor).

Formula otras consideraciones y más adelante expresa: "...Que, siendo demostrada la procedencia de la excepción cuyo rechazo se apela, como segundo punto mi parte repite que no existe obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero, pues la misma no debe suma alguna este Señor que intenta beneficiarse indebidamente a través de este juicio, y esta situación fue creada por el mismo, actor, pues las firmas y documentos eran tan solo garantías de un préstamo ya cancelado.

"...Que, resulta curiosa la meticulosidad del representante del actor al contestar punto por punto la excepción planteada, no así la parte deonde clara-

mente se manifiesta y comprueba la inexistencia de la presente deuda, *específicamente la también curiosa forma en que los cheques fueron fechados*. Esta representación no se imagina a una persona completando a mano la totalidad del cheque *menos la parte de la importante fecha de cobro*, con esta omisión el actor tacitamente acepta que la obligación exigida no existe, ya que al momento de dar los cheques estos fueron otorgados *sin fecha*, es decir, la manifestación sobre el hecho de que los cheques no son parte de una deuda fue omitida por el a-quo y por el actor, y los mismos han sido presentados con mucha posterioridad a su firma y no debiendo hacerlo pues la deuda que los mismos garantizaban y había sido cancelada.

Finalmente solicita al Tribunal revocar la resolución recurrida dando curso favorable a la excepción de inhabilidad de título opuesta por su parte.

El actor J. J. M.A., por derecho propio y bajo patrocinio del abogado Stephan Vysokolán, contesta el traslado de la fundamentación del apelante en el escrito de fs. 123/125 de autos, rebatiendo los argumentos sostenidos por el mismo, en el que expresa: "... Que, los agravios del apelante son falsos y deben ser rechazados porque no corresponde la excepción de inhabilidad de título puesto que se cumple con los presupuestos exigidos para la viabilidad de la presentación de la demanda, pues, si bien por un lado no configuran los presupuestos de los Art. 448 y 449 del C.P.C., por otro lado es procedente la acción preparatoria de juicio ejecutivo por lo que expresa taxativamente nuestro C.P.C. en su Art. 443 que dicta lo siguiente: "Podrá prepararse la acción ejecutiva, pidiendo previamente: a) que sean reconocido los documentos que por sí solo no traen aparejada ejecución.

Más adelante manifiesta: "... El Art. 1742 del C.C.P consagra el derecho del portador del cheque de demandar a todos o cualquiera de los endosantes, disposición contemplada por el Art. 1746 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual todas las personas obligadas por un cheque responden solidariamente al portador, rematando que este tiene el derecho de accionar contra todos los firmantes, individual o conjuntamente, y no está obligado a observar el orden en el cual se han obligado.

Agrega otras consideraciones y culmina su presentación, solicitando al Tribunal dictar resolución confirmando en todas sus partes la S.D. Nro. 415 del 11 de julio de 2007, con costas.

Ante las posiciones asumidas por las partes litigantes, corresponde a este

Tribunal, el análisis del caso en estudio para determinar si la resolución recurrida, se ajusta o no a derecho.

Iniciamos dicha tarea, transcribiendo lo dispuesto por el art. 1742 del C.C.P.: “El portador puede ejercer la acción de regreso contra los endosantes, el librador y los otros obligados, si el cheque, presentado en tiempo útil, no fuese pagado, siempre que la negativa del pago se acredite: a) por protesto; b) por declaración del girado, escrita sobre el cheque con la indicación del lugar y del día de la presentación; o bien c) por declaración de una cámara de compensación, en la que conste que el cheque no ha sido pagado a pesar de habérselo transmitido en tiempo útil. El portador conserva sus derechos contra el librador, aunque el cheque no haya sido presentado oportunamente, o no se haya formalizado protesto, o la comprobación equivalente. Si después de transcurrido el plazo para la presentación, la disponibilidad de la suma llegare a faltar por hecho del girado, el portador perderá sus derechos en todo o limitadamente a la parte de la suma que llegare a faltar”. Por lo que dispone la norma procesal es prudente manifestar que si el cheque no fue pagado en tiempo útil, el portador puede ejercer la acción de regreso contra los cheques, sean éstos libradores o endosantes, esta acción es totalmente procedente si el portador lo presentó en tiempo útil y no fuese pagado, como se puede notar a fs. 2 de autos, la fecha de emisión de los cheques y la fecha en que fueron presentados al Banco de la Nación Argentina. En cuando al Art. 1746 del mismo cuerpo legal, coincidimos en que, las personas obligadas son el librador, los endosantes y el avalista. Todas estas personas se obligan solidariamente con respecto al portador, es decir que, el portador tiene derecho a iniciar la acción contra todos los firmantes, pudiendo demandarlos conjunta o individualmente, esta acción no tiene un orden establecido en cuanto a los obligados sucesivamente. La norma procesal es bastante clara y explícita, cuando dice que la acción que fuera promovida contra uno de los firmantes no impide accionar contra los otros, aunque sean posteriores a aquel contra quien se ha procedido primeramente.

En ese mismo sentido el Art. 448 del C.P.C., impone: “... *Títulos ejecutivos*.-Los títulos que traen aparejada ejecución, de conformidad con el artículo 439, son los siguientes: a)... b)... c)... d)... e)... f) la letra de cambio, factura conformada, vale o pagaré y el cheque rechazado por el banco girado, protestados de conformidad con la ley, cuando correspondiere, o en su defecto, reconocidos en juicio...”. En el caso específico que nos toca analizar el portador conser-

va su derecho contra el o los libradores con responsabilidad solidaria y la certificación de la Superintendencia de Bancos es prueba suficiente para revestir de fuerza ejecutiva a quien lo hubiera presentado, en este caso el portador.

Notamos a fs. 25 de autos, la providencia que copiada dice "... Informo a V.S. que el (los) demandados no compareció (eron), a pesar de ser debidamente notificado (s) para ello, según consta en la (s) cedula (s) de notificación (es) glosadas a fs. 12,14,16 de autos. ES MI INFORME". La actuario en su informe manifiesta la incomparecencia de los demandados, por lo que el *reconocimiento es ficto*.

El representante convencional de los demandados invoca como defensa la excepción de falsedad o inhabilidad de título. Coincidimos en que esta defensa no puede prosperar por el hecho de que el cheque emitido por el deudor aunque éste (el cheque) haya sido librado sin fecha de emisión, esto autoriza al acreedor a llenar el mismo título de crédito en este caso *cheques*, sin que esto importe falsificación o adulteración, y habiéndose *librado al portador* en éste caso y según constancia de autos, el que se presenta a reclamar su pago, es considerado como titular en el proceso de ejecución, de donde resulta que la excepción de falsedad en autos deducida es totalmente improcedente.

De lo expuesto y conforme a la constancia en autos, a las consideraciones que anteceden y teniendo lo prescripto en el art. 198 del C.P.C., precedentemente mencionado, se llega a la conclusión de que debe ser confirmada la resolución recurrida por estar ajustada a derecho. En cuanto a las costas, las mismas deben ser soportadas por el apelante perdedor (Art. 192 en concordancia con el Art. 203, inc. a), del Código Procesal Civil). ES MI VOTO. CONSTE.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS LOS MIEMBROS GÓMEZ FRUTOS y Dr. MELGAREJO CORONEL manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE:

DECLARAR DESISTIDO el recurso de nulidad.

JURISPRUDENCIA

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 415 de fecha 11 de julio de 2007 dictada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

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

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García.

Ante mí: Mónica Ramona Reguera, Actuaría.



## TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL.

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 62

**Cuestión debatida:** *Se analiza el término o finalización de un contrato de trabajo, si responsabilidad para ninguna de las partes, en virtud del art. 74 C.T.*

**CONTRATO DE TRABAJO. Licencias. Incapacidad del trabajador. Término de contrato sin responsabilidad para las partes.**

Ante lo reconocido en la demanda, en particular el permiso concedido por la patronal a fin de que el trabajador siga con su tratamiento médico y la suma mensual que se le abonó, por el periodo a que se hace referencia sin que el trabajador se reintegre a su trabajo como consecuencia de dicha afección, lo que no constituye materia controvertida, no lleva sino a concluir en la existencia de la causal mencionada para dar por terminado el contrato sin responsabilidad para las partes; avala lo expuesto la prueba confesoria del actor.

**CONTRATO DE TRABAJO. Licencias. Incapacidad del trabajador. Término de contrato sin responsabilidad para las partes.**

Debe ser revocada parcialmente la sentencia apelada en la parte que hace lugar al despido injustificado y sus accesorios; los cuales deben ser excluidos de la condena (Indemnización por despido injustificado y por falta de preaviso, e indemnización complementaria); modificándose el monto de la condena en la suma de Gs.2.700.316, que comprende los aguinaldos causados y proporcionales y la indemnización compensatoria sobre los mismos.

**TApel. Laboral. Primera Sala. 15/07/13. “L. A. C/ Empresa de Seguridad S. V. S.A. y/o L.M. y/o Responsables s/ Despido Injustificado y Cobro de Guaraníes” (Ac. y Sent. N° 62).**

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear la siguiente

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: ÁNGEL R. DANIEL COHENE, RAFAEL A. CABRERA RIQUELME y MARITÉ ESPÍNOLA DE ARGAÑA.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO ÁNGEL R. DANIEL COHENE, DIJO: Por la sentencia recurrida el juez A-quo resolvió: “1) HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda promovida por el trabajador L. A. contra la empresa SILVER VIP SOCIEDAD ANONIMA, y en consecuencia condenar a la misma, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, abone al actor la suma de G. 17.916.017 (Guaraníes diecisiete millones novecientos dieciséis mil diecisiete), de acuerdo con la liquidación practicada y los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 2) ORDENAR la desvinculación de la presente causa de la codemandada L. M.S, de conformidad con los fundamentos expuestos precedentemente. 3) ANOTAR...”.

Contra esta resolución se alza el Abog. Jorge Nelson Peralta representante convencional de la parte demandada porque condenó a pagar la millonaria suma de Gs. 17.916.017 en base a una conclusión ambigua e incongruente de los hechos realmente sucedidos. Porque con su arbitraria manera de interpretar los hechos y valorar las contundentes pruebas instrumentales aportadas ha violentado a raja tabla el art. 79 del Código Laboral, amén de las garantías constitucionales previstas como el derecho a la defensa en juicio, la arbitrariedad y la incongruencia de la sentencia, contrariando diversas jurisprudencias aplicables al caso planteado. Porque el inferior no valoró la incapacidad física del trabajador reconocida en su propia demanda y en las pruebas diligenciadas en el proceso.

Sostiene que la incapacidad física del actor se ha probado suficientemente. En efecto dice que “...al promover la demanda, el mismo trabajador ha alegado que tuvo un derrame facial en el año 2008, siguiendo desde entonces un tratamiento médico buscando su recuperación, para lo cual la empresa le pagó desde el mes de marzo de 2008 en forma graciable la suma de Guaraníes Quinientos Mil (Gs. 500.000) y que viajaba a la Argentina en busca de un mejor

tratamiento. Está probado con la absolución del actor, 4ª posición a fs. 72/73, que el mismo a partir del derrame facial sufrido en el mes de marzo de 2008 ya no volvió a trabajar como guardia de seguridad, pues claramente dijo: “Si es cierto, y aclaró que la señora se comprometió a abonarme la suma de Gs. 500.000 mensuales hasta la total reposición de mi salud y volver a tomarme como personal de la empresa...”. Con estas pruebas, resulta más que obvio que la firma empleadora ha probado la invalidez del trabajador a partir del mes de marzo de 2008, fecha desde la cual el mismo dejó de trabajar, lo cual nos indica que hasta la comunicación que se le hiciera de terminación de su contrato de trabajo con causa justificada de acuerdo al art. 79 del C.T. (05/08/2010), hacía ya dos años y cinco meses que el trabajador no estaba trabajando porque seguía tratamiento médico de recuperación, conforme surge de las mencionadas pruebas aportadas al proceso, por lo que mal puede concluir el juez cuando dice: “De esto surge que la parte demandada en autos debió demostrar que el actor ha comunicado a la empresa su incapacidad física y por medio de un peritaje médico demostrar efectivamente que el Sr. A. se halla incapacitado para el trabajo”.

Que, “...ante el propio reconocimiento hecho por la adversa en su escrito de demanda y en la absolución de posiciones, de que ha quedado incapacitado para trabajar desde el mes de marzo de 2008 ya no era necesario ninguna Junta Médica, ni pericia médica u otra prueba alguna, pues el hecho estaba claramente demostrado, por lo que el Juez tuvo una muy mala apreciación de los hechos y de las constancias de autos”.

Se agravia igualmente por la antigüedad y la liquidación determinadas por el A-quo, diciendo que “...el actor ha actuado de mala fe y ha ejercido abusivamente su derecho cuando al promover su demanda ha alegado una antigüedad de 15 años y ello se encuentra plasmado con la sentencia dictada por el inferior cuando le condena a mi mandante a pagar una indemnización sobre apenas 4 años, 8 meses y 28 días de antigüedad, conforme a las alegaciones hechas al contestarse la demanda, y por dichas razones no puede ser merecedor de las indemnizaciones compensatorias ni complementarias. Decimos eso porque si suponemos que la empresa hubiera tenido que pagarle al momento del supuesto despido injustificado no se hubiera podido concretar si tenemos en cuenta que el mismo había alegado 15 años de antigüedad, cuestión que ahora se dirime judicialmente en este juicio en forma favorable a la patronal,

por lo tanto jamás mi conferente podía haber sido condenada al pago de dicho rubro, por lo que la indemnización compensatoria dispuesta por el inferior debe ser revocado. La misma suerte sigue el rubro de indemnización complementaria, pero si VV.EE. así no lo entendieran, los 6 meses establecidos por el inferior en la suma de Gs. 8.453.166 es superior al subtotal de la liquidación, siendo notorio que el sentenciante ha incurrido en abuso de sus facultades al condenar sobre dicho rubro de manera exagerada e incongruente". Termina solicitando al Tribunal dictar resolución revocando y/o modificando con costas la sentencia apelada.

Que, de los agravios expuestos, se corrió traslado a la adversa, quien no contestó razón por la cual se le tuvo por decaído el derecho que ha dejado de usar en ese sentido, conforme consta a fs. 141 de estos autos.

Que, analizada la cuestión vemos que los agravios se centran en la causa de la desvinculación laboral y el otorgamiento por el A-quo de los rubros de indemnización complementaria y compensatoria. Con respecto al primer punto, debe apuntarse que las partes coinciden en que el Sr. L. A. sufrió un derrame facial en el año 2008 y que desde marzo de ese año el mismo recibió el pago de la suma de Gs. 500.000 mensual hasta su restablecimiento total. Existe controversia en cuanto al motivo de la terminación del vínculo, ya que el actor afirmó haber sido despedido el 05 de agosto de 2010, mientras que la demandada sostuvo que en esa fecha el mismo trabajador comunicó que ya no podía trabajar más debido a su incapacidad física, por lo que en virtud al art. 79 del C.T., dio por terminada la relación laboral.

Que, cabe apuntar que de las constancias del expediente se puede advertir que ciertamente la relación laboral continuó después del derrame facial sufrido por el trabajador porque la empleadora admitió haber abonado aquella suma hasta su total recuperación, sin embargo no demostró documentadamente que el 05 de agosto de 2010 el actor haya comunicado que ya no podía trabajar más por su incapacidad física, pues el Sr. A. negó este hecho la contestar la sexta posición del pliego agregado a fs. 73 de autos y la demandada no logró demostrar este aserto ni siquiera que el mismo tenía impedimentos físicos para desempeñarse en el cargo que venía desempeñando, conforme lo expuso el juez A-quo. Siendo así, corresponde tener por cierto el despido injustificado denunciado por el trabajador.

Que, en cuanto al otorgamiento de los rubros de indemnización complementaria y compensatoria, se ajusta a derecho su procedencia, pero en cuanto

al monto estimo necesario reducirlo en sus justos límites por razones de equidad, debiéndose reducir en tres (3) meses de salario la primera y diez por ciento (10%) la segunda, quedando la liquidación de la siguiente manera: Sub-total: Gs. 7.885.709 + Indemnización compensatoria, 10%: Gs. 788.570 + Indemnización complementaria, 3 meses de salario: Gs. 4.226.583 = TOTAL: Gs. 12.900.862. Son Guaraníes Doce Millones Novecientos Mil Ochocientos sesenta y dos. Es mi voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO CABRERA RIQUELME, DIJO: Analizada la cuestión, surge del mismo escrito de demanda que el actor a raíz de la afección sufrida (Derrame Facial) fue sometido a un tratamiento médico a cuyo efecto la patronal le concedió permiso, prometiéndole el pago de la suma de Gs.500.000 mensual en forma vitalicia, sin existir documento alguno (fs.14). En su contestación a la demanda, la patronal, reconoce el hecho y el pago de dicha suma mensual hasta su restablecimiento total; pero, no que sea en forma vitalicia; negando el despido injustificado al sostener que al haber tomado conocimiento su mandante por medio del mismo trabajador su incapacidad física permanente no tuvo otra opción que comunicarle su desvinculación justificada por incapacidad física conforme al Art.79 del C.T.. En estas condiciones, ante lo reconocido en la demanda, en particular el permiso concedido por la patronal a fin de que el trabajador siga con su tratamiento médico y la suma mensual que se le abonó, por el periodo a que se hace referencia sin que el trabajador se reintegre a su trabajo como consecuencia de dicha afección, lo que no constituye materia controvertida, no lleva sino a concluir en la existencia de la causal mencionada para dar por terminado el contrato sin responsabilidad para las partes; avala lo expuesto la prueba confesoria del actor, posiciones 4ta. y 5ta., fs.72/73. La actitud patronal de otorgarle una suma mensual en guaraníes, en el caso, antes que generarle una responsabilidad de orden laboral, constituye una obra de caridad, un gesto solidario, que no se encuadra más que en su generosidad; lo cual así debe entenderse y más bién merecer ese reconocimiento a fin de que aquellos empleadores que pretendan tener tal actitud con sus trabajadores encuentren la seguridad de hacerlo. De lo contrario se sustraería a la relación de trabajo, que no es una mercancía, de tales virtudes no solo humanas sino también cristianas; y al mismo trabajador se le privaría de concesiones graciosas por su empleador. En consecuencia, debe ser revocada parcialmente la sentencia apelada en la parte que hace lugar al despido injustifi-

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL

cado y sus accesorios; los cuales deben ser excluidos de la condena (Indemnización por despido injustificado y por falta de preaviso, e indemnización complementaria); modificándose el monto de la condena en la suma de Gs.2.700.316, que comprende los aguinaldos causados y proporcionales y la indemnización compensatoria sobre los mismos. En cuanto a las costas, ante la incontestación del traslado que diera lugar al A.I.Nº379/12, fs.141, corresponde sean impuestas en el orden causado. Es mi voto.

A SU TURNO, la MAGISTRADA MARITÉ ESPÍNOLA DE ARGÑA se adhiere al voto del magistrado CABRERA RIQUELME por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1º) REVOCAR, parcialmente, la sentencia apelada; de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución y, en consecuencia, modificar el monto de la condena, la que queda establecida en la suma de Guaraníes Dos millones setecientos mil trescientos diez y seis (Gs.2.700.316).

2º) IMPONER las costas de esta Instancia en el orden causado.

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

Magistrados: Ángel Daniel Cohene, Marité Espínola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

\* \* \*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 63**

#### **CONTRATO DE TRABAJO. Obligaciones del Empleador.**

El error de derecho del trabajador es excusable según lo dispone el art. 9 del C.P.T. y más aún en los casos en los que el empleador no procedió a sincerar la contratación del trabajador a través de la formalización del respectivo contrato de trabajo escrito que tratándose de un salario superior al mínimo (1.800.000) debía celebrarse por escrito (art. 48, segunda parte C.T.), siendo injusto que el incumplimiento por parte de la obligación de la empresa impacte negativamente sobre la misma”.

#### **CONTRATO DE TRABAJO. Indemnización compensatoria. Intereses.**

La indemnización compensatoria tiene su razón de ser cuando la iniciación y prosecución del juicio se haya debido a la negativa injustificada del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones legales o convencionales (art. 233 C.P.T.); y en cuanto a su estimación, se establece que ella no podrá ser superior al 20% del importe de la condena. Siendo su concesión facultativa del Juez, la que es establecida recién en la sentencia. El presupuesto fundamental es la existencia de un juicio a causa de la negativa injustificada del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones; lo cual nada tiene que ver con los presupuestos que hacen a los intereses, que están dados por la Ley, conforme al art. 475 del C.C. al establecer que se deben por el hecho de la mora, es decir, por la falta de cumplimiento de la obligación a su vencimiento, sin importar la existencia de perjuicios. Este Tribunal tiene sentado el criterio anotado en el Ac. y Sent. N°70 del 26 de agosto de 2003, N° 77 del 05 de setiembre/03, entre otros.

#### **TApel. Laboral. Primera Sala. 15/07/13. “B. P. G. C/ Mundial Tour S.R.L. y otros s/ Cobro de guaraníes en diversos conceptos. Juicio Ordinario”. (Ac. y Sent. N° 63).**

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear la siguiente

##### **CUESTIÓN:**

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARITE ESPINOLA DE ARGAÑA, ANGEL R. DANIEL COHENE y RAFAEL A. CABRERA RIQUELME.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA LA MAGISTRADA MARITÉ ESPÍNO-LA DE ARGAÑA, DIJO: Apela la parte actora la S.D. N° 139 del 26 de julio de 2012, por la que se resolvió: “1. Hacer lugar, con costas, la Excepción de Falta de Acción opuesta por la Sra. B. E. M. de C., conforme se tiene explicado en el exordio de la presente Resolución. 2. Hacer lugar, con costas, la demanda planteada por B. P. G. contra “Mundial Tour S.R.L.” por cobro de guaraníes en diversos conceptos y en consecuencia, condenar a la demandada a pagar a la actora la suma de Guaraníes diez y siete millones setecientos sesenta mil (Gs. 17.760.000.-), conforme la liquidación practicada en el Considerando de esta Sentencia, en el perentorio término de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada. 3. Anotar,...”. Expresa sus agravios a fs.183/184 de autos, manifestando “mi parte se agravia en contra de lo que decidió el Aquo respecto a la petición de intereses moratorios realizado por mi parte y respecto a la condena en costas en la excepción de falta de acción. Mi parte considera equivocado el criterio del Juez quien sostiene que los intereses corren desde la etapa prevista en el art. 137 del C.P.T. De ser esto así, al empleador le convendría mil veces despedir al trabajador y provocar o alargar todo el juicio en el que al final concluiría pagando la suma que debió hacerlo al momento del despido del trabajador (art.91 y siguientes). No debe olvidarse que toda obligación debe ser cumplida en plazo, caso contrario genera a favor del acreedor la mora en los términos de los arts. 424 y 475 del C.C., y en este sentido la obligación de pagar indemnizaciones nace inmediatamente efectivizado el despido. No debe olvidarse que el art. 232 C.P.T. permite que en la sentencia se imponga la condena de intereses moratorios anteriores a la sentencia y posteriores a la demanda (lo que no hizo el Aquo), lo que de por sí está permitiendo la procedencia de los intereses durante el transcurso del juicio. Asimismo el art. 275 del C.P.T. permite al Tribunal condenar al pago de los intereses lo que también está indicando que se devengaron intereses anteriores a la sentencia y posteriores a la demanda. Conforme a este fundamento mi parte entiende que corresponde que se imponga la obligación de pagar intereses desde la promoción de la demanda al 2,5% mensual, sobre las obligaciones incumplidas. Agravio respecto a la condena en costas de la excepción planteada por la co-demandada. Mi parte se agravia en contra de esta decisión del Aquo pues mi parte si bien fue contratada para trabajar en la firma Mundial Tour S.R.L., la misma no tenía bien en claro la figura de su verdadero empleador pues el ejercicio de las facultades inherentes al mismo la ejercía la señora E. M. de C.. Como la firma celebró contrato de

trabajo escrito, documento que diera a conocer sin lugar a dudas al trabajador la persona de su empleador, es que la demandante promovió también la demanda en contra de la señora M. de C. No debe olvidarse V.V.E.E. que el error de derecho del trabajador es excusable según lo dispone el art. 9 del C.P.T. y más aún en los casos en los que el empleador no procedió a sincerar la contratación del trabajador a través de la formalización del respectivo contrato de trabajo escrito que tratándose de un salario superior al mínimo (1.800.000) debía celebrarse por escrito (art. 48, segunda parte C.T.), siendo injusto que el incumplimiento por parte de la obligación de la empresa impacte negativamente sobre la misma”. Solicita, en base a lo transcrito, se revoque la Sentencia apelada en los puntos cuestionados por su parte.

Corrido traslado, la otra parte lo contesta oponiéndose a las pretensiones de la parte actora.

Estudiada la cuestión, en primer lugar cabe señalar que sobre las obligaciones incumplidas corresponde admitir los intereses peticionados a partir de la promoción de la demanda hasta el efectivo pago del monto de la condena; criterio este sustentado por el Tribunal del Trabajo Primera Sala de la Capital, en resoluciones precedentes, como el Acuerdo y Sentencia N° 139/07. Es dable igualmente mencionar, que este Tribunal en resoluciones anteriores como el Ac. y Sent. N° 210 del 20 de diciembre de 2005; Ac. y Sent. N° 38/2008, entre otros, sostuvo: “Respecto de la pretensión de la parte actora de que establezcan los intereses moratorios desde el inicio de la demanda (fs.126) debe estarse a lo dispuesto por el Art. 275 del C.P.T., debiendo en su oportunidad practicarse por Secretaría la liquidación que incluye los intereses correspondientes”.

Respecto de lo que manifiesta la abogada de la firma accionada al contestar el traslado en esta instancia, debe decirse que la Sala 1 del Tribunal del Trabajo, ha sostenido en numerosas resoluciones precedentes que la indemnización compensatoria y los intereses constituyen figuras jurídicas distintas. La indemnización compensatoria tiene su razón de ser cuando la iniciación y prosecución del juicio se haya debido a la negativa injustificada del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones legales o convencionales (art. 233 C.P.T.); y en cuanto a su estimación, se establece que ella no podrá ser superior al 20% del importe de la condena. Siendo su concesión facultativa del juez, la que es establecida recién en la sentencia. El presupuesto fundamental es la existencia de un juicio a causa de la negativa injustificada del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones; lo cual nada tiene que ver con los presupuestos que

hacen a los intereses, que están dados por la Ley, conforme al art. 475 del C.C. al establecer que se deben por el hecho de la mora, es decir, por la falta de cumplimiento de la obligación a su vencimiento, sin importar la existencia de perjuicios. Este Tribunal tiene sentado el criterio anotado en el Ac. y Sent. N° 70 del 26 de agosto de 2003, N° 77 del 05 de setiembre/03, entre otros.

Con relación al agravio por la condena en costas en la excepción de falta de acción opuesta por la co-demandada Sra. B. E. M. de C. (apartado primero de la citada Sentencia), la pretensión del apelante no puede prosperar. La misma parte actora en su demanda manifiesta que “fue contratada para trabajar en la firma Mundial Tour S.R.L. en el mes de julio de 2001, oportunidad en que la firma le encargó las tareas de administración, registro de contabilidad, realizando facturaciones, recibos y otras tareas de similar índole” (fs. 6); lo cual evidencia que la actora sabía que su empleadora era la citada persona jurídica. Además, la actora litiga asesorada por un abogado. La Sentencia debe ser pues revocada parcialmente, de conformidad con lo precedentemente expuesto, imponiéndose las costas de esta instancia en el orden causado, ante el progreso parcial de la apelación. Es mi voto.

A SUS TURNOS, los MAGISTRADOS ÁNGEL R. DANIEL COHENE y RAFAEL A. CABRERA RIQUELME se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1°) REVOCAR parcialmente la Sentencia apelada, de conformidad con los fundamentos expuestos en este Acuerdo; y en consecuencia, hacer lugar a los intereses reclamados a partir de la promoción de la demanda hasta el efectivo pago del monto de la condena, debiendo practicarse en su oportunidad, por Secretaria, la liquidación correspondiente.

2°) COSTAS de esta Instancia en el orden causado.

3°) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ángel Daniel Cohene, Marité Espínola de Argaña, Rafael Cabrera Riquelme.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

## CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE MISIONES

### TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL, COMERCIAL LABORAL Y PENAL

#### ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

**Cuestión debatida:** *La controversia suscitada se analizará, por una parte, en el sentido de que la manifestación del acusado en sede policial es comparada a la confesión dentro de un juicio, y por otra, desde el punto de vista de la modalidad del ingreso de la mentada información al debate y, en su caso, su validez o invalidez probatoria.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL.**

Una incorrecta calificación jurídica del hecho enjuiciado, debe admitirse que no es una cuestión susceptible de ser rectificada o subsanada en esta instancia. En primer lugar, porque no ha sido materia de agravios, lo que significa que fue consentida por todas las partes, circunstancia que opera como obstáculo para ejercer jurisdicción sobre dicho extremo por expresa prohibición legal instalada en el Art. 456 del C.P.P.

#### **RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. REFORMATIO IN PEIUS.**

Aun en la hipótesis de que se pudiera rectificar la errónea calificación del hecho que sostengo, supondría un cambio de calificación más gravosa para el acusado y por lo tanto significaría una reforma en perjuicio (*reformatio in peius*), toda vez que el único apelante fue la defensa del acusado, con lo que se estaría violentando la garantía reconocida por el Art. 457 del digesto instrumental aplicado en el juzgamiento de la presente causa penal.

**POLICÍA NACIONAL. Remisión de actuaciones de la Policía Nacional. Parte Policial. PRUEBA. Sana crítica.**

La mera recopilación de informaciones plasmadas en actas policiales no tienen entidad probatoria, pero cuando pasa por el circuito de la judicialidad, la potencialidad conviccional se nutre de legalidad y adquiere otra dimensión. Ya depende del juzgador evaluar si el contenido de los testimonios son capaces, por si solas o complementada con otras pruebas, acreditar ciertos extremos de la imputación penal.

**POLICÍA NACIONAL. Remisión de actuaciones de la Policía Nacional. Parte Policial. PRUEBA. Sana crítica. PRUEBA DE CONFESIÓN. Forma de la prueba de confesión.**

Se descarta que la supuesta manifestación del acusado tenga carácter y valor de la confesión, pues en nuestro sistema procesal solo se admite la confesión prestada ante autoridad judicial competente (Juez, Ministerio Público Fiscal) y en función a los rigurosos requisitos que rodean la declaración del imputado, como expresión de su derecho constitucional a ser oído.

**POLICÍA NACIONAL. Remisión de actuaciones de la Policía Nacional. Parte Policial. PRUEBA. Sana crítica.**

Nuestra ley procesal no prohíbe que los agentes policiales intervinientes en la investigación depongan en juicio, pero la posibilidad de que sus testimonios sean justipreciados por el Tribunal de Juicio - de acuerdo a las reglas de la sana crítica en armonía e integralidad con las demás probanzas – dependen de la transferibilidad o no de la fuente probatoria que aportan.

**POLICÍA NACIONAL. Remisión de actuaciones de la Policía Nacional. Parte Policial. PRUEBA. Sana crítica. PRUEBA DE CONFESIÓN. Forma de la prueba de confesión. DERECHO A LA DEFENSA. Estado de indefensión.**

La confesión tiene un atributo singular, consiste en que es un *acto personalísimo e indelegable* del penalmente perseguido. Entonces, desde el momento en que el Tribunal de Sentencia lo valoró en función a los testimonios de los agentes policiales, desnaturalizó el carácter preanunciado, toda vez que son interpósitas personas las que transfirieron el Tribunal de Merito la supuesta confesión, lo que en esencia se traduce en la violación del derecho de intervención del justiciable (ejercer su defensa material) en el proceso, sin intermediarios, a la que libremente puede acceder y voluntariamente renunciar.

**PRUEBA. Sana crítica.**

Ya no se discute que los indicios tengan aptitud probatoria, con la condición de que sean unívocos y no anfibológicos, vale decir, que la relación entre los hechos conocidos (indiciarios), debidamente acreditados, no puedan relacionarse con otro hecho que no sea el hecho desconocido, cuya existencia se pretende demostrar (indicado); y que para la valoración de las mismas se exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meditación independiente de cada indicio, desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba. Además, frente a aspectos que constituyan el correlato subjetivo de la materialidad de la conducta enrostrada, como en relación a cualquier otro aspecto fáctico, rige el principio de libertad probatoria consagrado en el Artículo 173 del C.P.P. y consecuentemente, adscrito a las reglas de la sana crítica.

**PRUEBA. Sana crítica.**

Es que el resultado particular de una prueba puede, apreciándola con otras, tomar un significado distinto, aumentando, corroborando o bien perdiendo su aptitud fundante.

En base a la pretensión recursiva, a los agravios sustentados por el impugnante y a lo dispuesto en los Arts. 456, 472, última parte, 396 y demás concordantes del C.P.P., el Tribunal acordó plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES:**

1°) ¿Es competente el Tribunal de Apelaciones para entender en la presente causa?

2°) ¿Es admisible el Recurso de Apelación Especial interpuesto?

3°) ¿Se halla ajustada a derecho la Sentencia Definitiva objeto de recurso?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la magistrada preopinante MIRYAN FELISA ALEGRE JARA, dijo: El estudio en alzada del Recurso de Apelación Especial interpuesto contra la Sentencia Definitiva N° 29 de fecha 29 de setiembre de 2010, emitido por el Tribunal de Sentencia integrado por los jueces: Oscar Ramón Talavera (presidente), Nicasio Ortega Flecha y Víctor Patricio Poletti, como miembros titulares, es de competencia de este Tribunal de Apelaciones. En efecto, las reglas establecidas en los Arts. 466, 471 y sgts. del C.P.P., autorizan el ejercicio del mecanismo de impugnación adoptado, armonizando con las reglas de competencia fijadas en los Arts. 40, inc. 1) y 32

literal “a” del C.P.P. y COJ, respectivamente, las que otorgan imperio a este Tribunal para decidir en el conflicto planteado, considerando la vigencia de la acción penal y no estando prescripta la sanción penal, por lo que la competencia de este Tribunal resulta innegable, imponiéndose una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. Así voto.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS, los magistrados MAGNO VARGAS y VÍCTOR RODRÍGUEZ, manifestaron que: Se adhieren al voto de la preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA, la magistrada MIRYAN FELISA ALEGRE JARA, dijo: El control horizontal y vertical que se ejerce desde la etapa del juicio oral y público y la concreción del enjuiciamiento criminal en la misma, hace que la posibilidad de atención de lo sustancial del conflicto jurídico-penal por el órgano de alzada, sea considerablemente reducida, ya que materialmente sólo pueden atenderse argumentaciones referidas a la inobservancia o errónea aplicación del precepto legal, Art. 467 del C.P.P. Cuando la errónea aplicación de la norma constituye defecto de procedimiento, se requiere que el afectado haya reclamado oportuno saneamiento o ejercido reserva de recurrir, viabilizándose la atención directa, además de lo señalado precedentemente, para los casos de nulidad absoluta o vicios de sentencia. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo, conforme lo prescribe la segunda parte del Art. 68 del C.P.P., normativa que exige previamente la fundamentación concreta y separada, que conlleve propuesta de solución.

Necesariamente, con tales requerimientos del código de rito, resultará determinante la expresión de agravios porque ello marcará las posibilidades de obtener respuesta en lo sustancial. Obviamente, el control del cumplimiento de la admisibilidad formal –*condiciones objetivas, subjetivas, temporalidad, fundamentación concreta y separada, amén de una propuesta de solución*– es el punto de partida y si el juicio al respecto es positivo a los intereses del impugnante, quedara habilitado el estudio de la cuestión de fondo.

En ese orden de cosas, de las constancias de autos surge que la impugnación fue presentada en fecha 22 de setiembre de 2010, contra una Sentencia Definitiva y por quien ejerce la defensa técnica del acusado (Defensora Pública), por lo que se hallan cumplidas las condiciones objetivas y subjetivas de impugnabilidad. Asimismo, el recurso ha sido planteado ante el órgano jurisdiccional dictante y dentro del plazo de diez días hábiles, conforme consta en el

sello de cargo y toda vez que dicho plazo *ha empezado a correr a partir del día siguiente al 8 setiembre de 2010, fecha fijada por el Tribunal para la lectura integral de la sentencia y entrega de copias del acta labrada en el juicio.*

Aparte de lo expuesto, no consta en autos constancia de la notificación personal de la sentencia al acusado tal como lo impone imperativamente el Artículo 153 –segundo párrafo– del C.P.P.; consecuentemente el plazo para recurrir ni siquiera aun ha principiado, conforme lo ha interpretado la Excm. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterados precedentes, entre las que se encuentra, entre otros, el Acuerdo y Sentencia N° 959 de fecha 30 de octubre de 2008, recaído en los autos: “Recurso de Casación planteado por el Abog. César Armando Villanueva López, en la causa: N J O G S/ Sup. Hecho de Incumplimiento de Deber Legal Alimentario”. Por consiguiente, la oportunidad de la promoción recursiva resulta irrefutable.

En cuanto a las demás condiciones de interposición del Recurso de Apelación Especial (Arts. 450 y 468 del C.P.P.), se percibe –de una atenta lectura del escrito promocional– que satisface los requisitos de orden formal y material requeridos por las citadas normativas, toda vez que del mismo surge de una fundamentación concreta y separada sobre agravios puntuales que al decisorio impugnado, conteniendo además, la propuesta de solución, por lo que los requisitos que hacen a la admisibilidad han quedado concretados, razón ésta que permite admitir el Recurso de Apelación Especial por lo que voto en tal sentido.

A sus respectivos turnos los señores Miembros, Abog. VÍCTOR DANIEL RODRÍGUEZ LEZCANO, y Abog. JOSÉ MAGNO VARGAS COITIA, manifestaron adherirse al voto de la Magistrada Preopinante por los mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTIÓN PROPUESTA, la magistrada MIRYAN FELISA ALEGRE JARA, dijo: Ya en atención de lo sustancial del conflicto, por la sentencia definitiva impugnada se ha resuelto, lo siguiente: “1. *Ratificar la competencia del Tribunal de Sentencia....*; 2. *Declarar La procedencia de la acción instaurada por el representante del Ministerio Público....*; 3. *Declarar la comprobación de la existencia del Hecho Punible c/ la Autonomía Sexual ( Abuso Sexual en Personas Indefensas*; 4. *Declarar que A. G., es autor reprochable en grado de autoría, por la conducta, típica y antijurídica del hecho punible ocurrido en fecha 28 de junio de 2009....*; 5. *Calificar el Hecho Punible c/ la Autonomía Sexual (Abuso Sexual en Personas Indefensas), dentro de lo previs-*

*to en el Art. 130 inc. 2 del C.P., en concordancia con los Arts. 29 inc 1° del mismo cuerpo legal.; 6. Condenar a A. G.....a la pena privativa de libertad de 8 (Ocho) años.....; 7. Mantener la medida privativa de libertad que pesa sobre el condenado.....; 8. Declarar al condenado civilmente responsable por el hecho punible cometido; 9. Imponer las costas al condenado; 10. Remitir copia.....; 11. Anotar,....". De conformidad al Art. 456 del C.P.P., que estatuye: "Competencia. Al tribunal que resuelva el recurso se le atribuirá el conocimiento del procedimiento, exclusivamente en cuanto a los puntos de la resolución que han sido impugnados", corresponde puntualizar los agravios, expuestos por el recurrente, así como la posición sustentada por la adversa, en cumplimiento del principio de contradicción.*

La defensora pública, Abog. Sandra María Maidana Maidana, por la defensa de A. G., por el escrito forense que rola de fs. 69 a 74 de autos, expresa sus agravios matizándolas con citas legales y doctrinarias. En ese contexto, luego de reproducir fragmentos de la sentencia relacionadas a los méritos probatorios elaborada por el A-quo para tener por acreditada la existencia del hecho punible (Segunda Cuestión), pone en crisis , fundamentalmente : (a) el argumento utilizado por el Tribunal al hacer referencia a las declaraciones por testigos de averiguaciones que permitió tener conocimiento de que los hermanos Giménez estuvieron esa noche en el Bar "La Rubia" del que han comprado bebidas ( vino y gaseosa), local que se encontraba a 100 metros de la casa de la víctima.

En ese trance de agravatorio se interroga quienes son los testigos de averiguaciones y en su caso, si adquirir bebida alcohólica es conducta penalmente relevante, dando a entender que por la premisa argumentativa expuesta, para el A-quo todos quienes esa noche han comprado bebidas alcohólica tendrían responsabilidad en el hecho punible, insistiendo en que concurrir a un Bar y adquirir bebida alcohólica no está prohibida por norma penal alguna, ni puede valorarse como indicio.

Desde otro ángulo (b), reprocha el razonamiento tribunalicio en tanto aprecia lo declarado por los agentes policiales intervinientes en la investigación preliminar y quienes aprehendieron a su representado, ocasión en este último les había manifestado que él había sido el autor del hecho punible juntamente con su hermano L. G., quien se había dado a la fuga. Al respecto, aduce que el A-quo ha hecho tabla raza del precepto constitucional instalado en el Artículo 18, por virtud del cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

En ese orden de cosas, sostiene que el proceder de los agentes policiales, para obtener una manifestación del imputado, constituye el llamando *interrogatorio por ardid*, eludiendo así la instrucción sobre el derecho de permanecer callado que asiste al imputado y que tiene rango constitucional. Aduce que constituye una autoincriminación inducida por el Estado por medio del error, de una manipulación de su decisión de declarar mediante engaño estatal, por lo que no puede ser valorado para fundar una condena.

Asimismo (c), considera que no se ha determinado el nivel de participación del justiciable, es decir, las circunstancias del abuso, la forma de consumación, el papel que cumplió el fugado en el hecho (delito de propia mano) y que en algún momento será juzgado por el mismo hecho. En tal sentido, afirma que de la sentencia no se puede colegir cual fue el nivel de participación de su representado (autor, coautor, cómplice), cuya condena se basa en una prueba violatoria de derechos y garantías constitucionales reglamentada en el Art. 125 del C.P.P., en concordancia con el Art. 403 del mismo cuerpo legal, por lo que la sentencia deviene nula.

Alega (d) que el Tribunal de Sentencia, a falta de pruebas directas, pretende basarse en elementos indirectos, en especial referencia a los indicios y presunciones. Subsiguientemente - tras formular disquisiciones que involucren sus presupuestos, fuerza conviccional y la necesidad de que la resolución judicial que los utiliza lo exteriorice debidamente y conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos - afirma que tales extremos no se visualizan en autos.

Por otra parte (e), pone en entredicho la labor tribunalicia en la individualización de la sanción penal impuesta al acusado –ocho (8) años de pena privativa de libertad–, ítem sobre el cual –según refiere– el Tribunal se limitó a transcribir el Art. 65 del Código Penal. En tal sentido, luego de exponer citas legales y doctrinarias enlazadas a la materia que controvierte, sustenta la tesis que sobre los parámetros de medición de la pena previsto en el elenco legal citado, a saber: 1) *Actitud frente al Derecho*; 2) *La intensidad de la energía criminal*; y 3) *La importancia del daño causado*; el Tribunal de Sentencia ha incurrido en una *doble valoración* vedado por el inc. 3° del Art. 65 del C.P.

Sobre el tópico referenciado asevera que el fallo recurrido adolece de motivación, utilizándose en su redacción frases y formulas sin valoración, incumpliendo el reforzado deber de la motivación de las sentencias penales condena-

torias, por cuanto que el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta aquí, a través de la responsabilidad personal subsidiaria con el derecho a la libertad.

Finalmente, tras afirmar que la determinación de la autoría y el modo de imponer una pena de ocho (8) años de pena privativa de libertad se traduce en un acto inicuo e injusto, asevera que la sentencia recurrida es infundada, contrariando lo dispuesto en el Art. 256 de la C.N., en concordancia con los Arts. 125 y 403 numeral 4 del C.P.P. Sugiere, como propuesta de solución, la revocación *in totum* de la sentencia impugnada y, en consecuencia, se absuelva de culpa y pena al justiciable A. G.

En su oportunidad, el agente fiscal, Abog. Víctor Hugo Segovia, al contestar, en tiempo, la carga procesal consistente en evacuar el emplazamiento, poco aporte para el debate, desmiente los agravios formulados por la Defensa Técnica del acusado, aduciendo, entre otras cosas, lo siguiente: 1) que el Tribunal de Sentencia, en observancia del Art. 125 del C.P.P., ha construido y llegado a la certeza absoluta de la existencia del hecho punible y con las pruebas ofrecidas en el juicio oral y público; 2) la valoración de las testificales de M., M. y C., es producto de las investigaciones realizadas a partir de la denuncia y de las que surge que en la fatídica madrugada dos sujetos, cuyas características fue descrita por la víctima, abusaron de ella, quien no obstante de débil humanidad se defendió como pudo, arañando y mordiendo a su atacante. Posterior a la detención de G., la médica forense, a instancia del fiscal, se constituyó en la Comisaría a fin proceder a su inspección, constatándose signos de arañazos y mordeduras en brazo, mano y genitales en el cuerpo del victimario, los que sin duda se conectan directamente con el hecho investigado.

En ese mismo contexto, sigue diciendo: 3) siguiendo con la investigación, la Policía se constituye a indagar con los vecinos sobre si tienen conocimiento de lo ocurrido y de dónde surge que los hermanos G. estuvieron merodeando el lugar y que a las 23:30 hs., aproximadamente, llegaron en el Bar “La Rubia” para comprar bebidas, vino y coca cola. Y contrariamente a lo sostenido por la defensa, sostiene que el vino contiene alcohol y de acuerdo a la cultura alcohólica se ingiere mezclado con la coca.

Refiere, en otro apartado 4) que la Policía, con las informaciones obtenidas, procede a la aprehensión de G. en la vía pública, obrando de acuerdo al Art. 197 del C.P.P., cuya validez pretende ser desvirtuado por la defensa invocando el Art. 18 de la C.N., lo que en el caso concreto no se ha obligado al

indiciado a declarar contra sí mismo. Culmina su dictamen afirmando que no existen dudas que la condena impuesta al acusado se ajusta a la legalidad, sin que se haya violado preceptos legales y constitucionales del mismo. *Requiere que se declare inadmisibile el recurso y se confirme la sentencia definitiva apelada.*

Expuestas, en lo medular, las posiciones jurídicas asumidas por las partes a las que el recurso enlaza, conviene recordar que es deber del Tribunal de Apelaciones, atento a los agravios expuestos, examinar cómo construye el Tribunal de Sentencia la idea del hecho y como, acredita la existencia de la responsabilidad penal. Ello será posible a través de una correcta conjunción y concreción del caso, captable a través del relato fáctico, argumento probatorio y sustentación jurídica, empleados por el Tribunal de Sentencia para emitir el decisorio conclusivo puesta a consideración de esta magistratura.

Naturalmente, la inspección jurídica a desarrollar en lo sucesivo está limitada a los ítems de la resolución a que se refieren los agravios, por así exigirlo el principio reconocido a través del aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* (solo hay devolución de lo que ha sido apelado) que se encuentra expresamente consagrada en el Art. 456 del C.P.P., toda vez que dicho precepto acota la competencia funcional del órgano de alzada.

Con respecto al dispositivo a utilizarse en alzada, debe señalarse que para el examen del conflicto jurídico-penal sometido a su atención, se cuentan con dos documentos esenciales: el acta de juicio y la sentencia propiamente dicha. El primer instrumento señala la cronología evolutiva del acto procesal de juzgamiento y, el segundo, esencialmente, la dimensión otorgada a los medios probatorios, la concreción del juicio sobre la reprochabilidad y finalmente, la respuesta penal atinente al caso.

Como génesis de análisis debe recordarse que según acusación pública, el hecho punible que motivara la persecución penal, se halla subsumido en el Artículo 130, Abuso sexual en personas indefensas: “1º.... 2º. *Si los actos sexuales con personas que se encontraran en las condiciones referidas en el inciso anterior comprendieran el coito, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años*”. 3º. El Tribunal de Merito, por la sentencia definitiva recurrida, acogió los términos de la acusación fiscal y atribuyó la autoría (Art. 29 del CP) del hecho punible al Sr. A. G., imponiéndole una sanción penal de ocho (8) años de pena privativa de libertad y demás accesorios legales.

En el contexto del exhaustivo examen que he analizado conforme a los autos traídos a despacho y de los cuales surgió el resumido extracto plasmado en los párrafos precedentes, me encuentro posicionada para analizar la procedencia del Recurso de Apelación Especial interpuesto por la defensa técnica del acusado y en función a los agravios desmenuzados.

Sin embargo, antes de proceder en el sentido expuesto y como cuestión previa a tal fin, no puedo dejar de señalar, reflexivamente, mi discrepancia respecto a la calificación jurídica del hecho plasmado en la sentencia recurrida (Abuso Sexual en Personas Indefensas), toda vez que, en mi opinión, de acuerdo a la relación fáctica que se tuvo por acreditada en el juicio, la conducta atribuida al acusado se adecua al tipo penal de Coacción Sexual, previsto y penado en el Art. 128 –segundo párrafo– del Código Penal.

Si bien es cierto el coito es un elemento común en ambas tipologías penales, la gravitante diferencia radica en que en el Abuso Sexual en Personas Indefensas, el acceso carnal, en principio, no se realiza contra la voluntad de la víctima, quien por su especial estado de vulnerabilidad no se encuentra en condiciones de *ofrecer resistencia* en relación a su libre determinación para acceder al coito; o en todo caso, el acceso carnal se realiza sin que medie el consentimiento expreso de la víctima, lo que induce a presumir –dada la falta de oposición– su conformidad tácita para ello. Entonces, la *incapacidad para ofrecer resistencia* a la que hace referencia el tipo penal en examen, tiene que ver con las posibilidades de autodeterminación sexual del sujeto en condiciones de vulnerabilidad (inconsciencia u otras razones) y no en la mayor o menor resistencia física que pueda oponer al agresor en aras de defender su autonomía sexual.

En el caso examinado, reitero, a la luz de la plataforma fáctica que se estimó probado en juicio, la víctima ha sido abusada sexualmente mediante el empleo de la fuerza bruta e irracional violencia por parte del agresor, lo que demuestra que el proceder delictivo va mucho más allá de la mera posibilidad de que la afectada directamente por el ilícito tuviera mayores o menores posibilidades de oponer resistencia en función a su libre determinación para consentir o no el coito.

El hecho de que la víctima, a pesar de su incapacidad, se haya defendido con uñas y dientes de sus agresores, es sobrado indicativo que trataba de preservar la integridad de su autonomía sexual, defensa que ha cedido no por su

aprobación expresa o tácita al acceso carnal, sino, exclusivamente, como producto de la amenaza y fuerza traducida en extrema violencia ejercida contra la misma y que son elementos que caracterizan, precisamente, al hecho punible de Abuso Sexual que, contrariamente, al Abuso Sexual en Personas Indefensas, este no los reconoce como ingredientes facticos-jurídicos constitutivos de su configuración, conforme a lo explicado precedentemente.

Francamente, resultaría contrario al sentido común que el legislador imponga un marco penal más benigno al abusador sexual por el solo hecho de que la víctima sea una incapacitada, cuando que la lógica del sistema de protección de bienes jurídicos, ante el aprovechamiento de condiciones de inferioridad o vulnerabilidad, exige mayor reacción punitiva estatal.

No obstante lo expuesto y más allá de los breves matices diferenciales esbozados respecto a los tipos penales examinados y de los que surge, en mi opinión, una incorrecta calificación jurídica del hecho enjuiciado, debe admitirse que no es una cuestión susceptible de ser rectificada o subsanada en esta instancia. En primer lugar, porque no ha sido materia de agravios, lo que significa que fue consentida por todas las partes, circunstancia que opera como obstáculo para ejercer jurisdicción sobre dicho extremo por expresa prohibición legal instalada en el Art. 456 del C.P.P.

Por otra, aun en la hipótesis de que se pudiera rectificar la errónea calificación del hecho que sostengo, supondría un cambio de calificación más gravosa para el acusado y por lo tanto significaría una reforma en perjuicio (*reformatio in peius*), toda vez que el único apelante fue la defensa del acusado, con lo que se estaría violentando la garantía reconocida por el Art. 457 del digesto instrumental aplicado en el juzgamiento de la presente causa penal.

Pues bien, formulada las observaciones precedentes y sus alcances, en lo sucesivo me abocaré a desarrollar los argumentos jurídicos respecto a los agravios insertados en el Recurso de Apelación Especial, que según se percibe, están orientados, principalmente, a desacreditar la autoría del hecho atribuido al acusado en la sentencia y la doble valoración en que ha incurrido el Tribunal en el proceso de individualización de la sanción penal aplicada, todo ello bajo el rubro de sentencia infundada.

El primer agravio de la defensa referido a los testigos de averiguación invocados por el Tribunal y que dice desconocer, según consta en autos, fueron L.R.B., F.A. y J.C.R., vecinos del lugar y quienes cooperaron con la investiga-

ción preliminar de los agentes policiales intervinientes informándoles de que los hermanos Giménez estuvieron en el Bar “La Rubia”, distante a 100 metros de la escena del crimen y lugar de donde se aprovisionaron de vino y coca cola.

La misma ley procesal penal (Art. 297) faculta a los agentes policiales, tan pronto tengan conocimiento de un hecho criminoso, practicar las diligencias urgentes y necesarias para recopilar toda la información útil para el Ministerio Público Fiscal, lo que incluye la recepción de declaraciones del denunciante y de otras personas que puedan tener conocimiento del hecho investigado. La normativa en mención refuerza y complementa la facultad que le otorga el Art. 6° inc. 5 de la Ley N° 222/93 (Orgánica Policial).

Ciertamente, la mera recopilación de informaciones plasmadas en actas policiales no tienen entidad probatoria, pero cuando pasa por el circuito de la judicialidad, la potencialidad conviccional se nutre de legalidad y adquiere otra dimensión. En la especie, excepto el Sr. Cardozo Ríos, conforme se reporta en el Acta del Juicio, la Sra. L.R.B. y el Sr. F.A. declararon en el debate y se sometieron al interrogatorio de las partes, asegurándose así el contradictorio. En esa coyuntura, ya depende del juzgador evaluar si el contenido de los testimonios son capaces, por si solas o complementada con otras pruebas, acreditar ciertos extremos de la imputación penal.

Respecto al cuestionamiento defensivo relacionado a que la adquisición de bebida alcohólica no está prohibida por norma penal alguna, es absolutamente cierto, pero el objeto perseguido con tales testimonios pasaba por demostrar la presencia física de los agresores en lugar cercano y en un horario próximo a la comisión del hecho. Lo adquirido pierde relevancia, sin desconocer, no obstante, que tratándose de bebida alcohólica, desde el punto de vista criminológico, su ingestión tiene potencialidad desinhibitoria, por lo que en muchos caso opera como factor propiciador de ilícitos. De lo expuesto se sigue que el agravio examinado no es de recibo, lo que determina su fragilidad a los fines pretendido.

Por el segundo agravio, la defensa ataca contra el fallo recurrido alegando haberse meritudo, como aval de la condena, la declaración de los agentes policiales intervinientes que afirmaron que, en ocasión de la aprehensión del encausado, este les había manifestado que él había sido el autor del hecho punible. Y esa afirmación defensiva es cierta, en tanto se constata –en el contexto de la evaluación de la tercera cuestión (Autoría)– que la sentencia, luego de

concatenar los indicios en funda la afirmación de la autoría del acusado, añade, a título de otro indicio, lo que sigue: “... *las declaraciones rendidas por los policías que dijeron que el acusado A. G. al momento de ser detenido había confirmado ser el autor del Hecho Punible...*”. Lo apuntado, según la tesis defensiva, constituye una autoincriminación vedada por la Constitución Nacional, por lo que no puede ser valorada para fundar una sentencia condenatoria.

Así las cosas, la cuestión principal a resolver no solamente pasa por afirmar o negar la validez de la prueba indiciaria contradicha, sino también –según el caso– la decisividad que la misma tuvo o pudo haber tenido en el dispositivo condenatorio impugnado, la que finalmente es la que permitirá adoptar una decisión en el sentido de rescatar su validez o descalificarlo como acto jurisdiccional válido.

Y esa actividad presupone un reflexivo y escrupuloso análisis de la materia controvertida para alcanzar con objetividad el equilibrio entre el respeto y la tutela de la garantía constitucional comprometida, y la necesidad de dar eficacia y culminación justa –sin desmedro de la misma garantía– al proceso penal traído a despacho de este Tribunal.

Acorde y consecuentes a los lineamientos bosquejados precedentemente tendré que examinar la pertinencia o no del reclamo defensivo que, reitero, denuncia la ilegalidad de la prueba testimonial rendida por los agentes policiales en la medida que dan cuenta que el acusado, al tiempo de haber sido aprehendido, les ha manifestado ,voluntariamente, que había sido el autor del hecho punible, manifestación que viene insinuada como equiparación a la confesión; tanto es así que el mismo Tribunal adujo –al evaluar la declaración del acusado– que este *también se declaró confeso en la Comisaría al momento de su detención.*

La controversia suscitada se analizara, por una parte, en el sentido de que la manifestación del acusado es comparada a la confesión, y por otra, desde el punto de vista de la modalidad del ingreso de la mentada información al debate y, en su caso, su validez o invalidez probatoria. Desde la primera perspectiva, prima facie, se descarta –más allá de la connotación que le atribuyó el A-quo– que la supuesta manifestación del acusado tenga carácter y valor de la confesión, pues en nuestro sistema procesal solo se admite la confesión prestada ante autoridad judicial competente (juez, Ministerio Público Fiscal) y en función a los rigurosos requisitos que rodean la declaración del imputado, como expresión de su derecho constitucional a ser oído.

Desde la segunda perspectiva, por vía de principio, no se puede impedir que una persona imputada, por voluntad propia, manifieste a los agentes policiales haber cometido el hecho punible investigado o aporte otros datos o pistas sobre el evento delictivo; pues sería un sinsentido que para no receptarlos, se les pida que se tapen los oídos o miren para otro lado, mas aun cuando se trata de informaciones potencialmente útiles para el esclarecimiento del hecho. Por cierto, nuestra ley procesal no prohíbe que los agentes policiales intervinientes en la investigación depongan en juicio, pero la posibilidad de que sus testimonios sean justipreciados por el Tribunal de Juicio –de acuerdo a las reglas de la sana crítica en armonía e integralidad con las demás probanzas– dependen de la transferibilidad o no de la fuente probatoria que aportan.

La casuística traída en estudio presenta aristas particulares, pues si bien los agentes policiales afirmaron que el acusado admitió haber cometido el hecho punible, este (el acusado) al tiempo de declarar en el juicio no negó, ni ratificó expresamente la supuesta confesión formulada ante aquellos, sino que se limitó a afirmar que no cometió el hecho punible, dando las explicaciones de descargo respecto a las lesiones físicas que tenía. En la coyuntura señalada, debe entenderse que al negar su participación en el hecho, niega también la supuesta confesión que le atribuye los agentes policiales, porque por esta última va implícita la negación de la primera.

Y el razonamiento forjado precedentemente –con prescindencia de la verdad o la falsedad del extremo examinado– viene orientado por el hecho de que la “*manifestación espontánea o voluntaria*” que a título de confesión se atribuye, frecuentemente, al imputado por los agentes policiales está amparado por una larga tradición inquisitiva y que da cuenta que el ámbito policial no es el marco propicio para asegurar el respeto a la garantía de la no autoincriminación.

En la especie, el A-quo –a más del error conceptual en que ha incurrido al respecto– consideró como prueba indiciaria la hipotética confesión que el acusado formuló ante los agentes policiales, lo cual constituye un desatino, pues la confesión –en los términos que entendió el A-quo– tiene un atributo singular, consiste en que es un *acto personalísimo e indelegable* del penalmente perseguido. Entonces, desde el momento en que el Tribunal de Sentencia lo valoró en función a los testimonios de los agentes policiales, desnaturalizó el carácter preanunciado, toda vez que son interpósitas personas las que transfirieron el

Tribunal de Mérito la supuesta confesión, lo que en esencia se traduce en la violación del derecho de intervención del justiciable (ejercer su defensa material) en el proceso, sin intermediarios, a la que libremente puede acceder y voluntariamente renunciar.

Al respecto, es ilustrativo lo que enseña el jurista argentino Ricardo Núñez en su obra: “Código Procesal de la Provincia de Córdoba”, Edic. Lerner, año 1978, pag. 215; al afirmar: “..*negamos que los policías pudieran introducir mediante su declaración, la declaración del imputado, no porque los policías carecieran de capacidad para ser testigos, sino que la ley prohíbe que su testimonio tenga por objeto el contenido de un acto que no se puede introducir, directa ni indirectamente al debate...*”. Por consiguiente, en las condiciones señaladas, debe reputarse vicioso el elemento de prueba puntualmente inspeccionado y como tal debe ser extirpado del plexo probatorio meritado.

Afirmado el carácter espúreo del segmento probatorio analizado, en lo sucesivo el dilema a resolver pasa por determinar si la exclusión de la referenciada prueba indiciaria es decisiva o esencial a efectos de provocar la nulidad íntegra del fallo condenatorio dictado, o si este, no obstante la exclusión, mantiene su validez en razón de que la prueba desechada carece de potencialidad de alterar el resultado conclusivo basado en otros elementos probatorios hábiles.

Al respecto, la proposición defensiva, por la propuesta de solución que propone (revocación de la sentencia y absolución) se insinúa como orientada hacia la “*doctrina del fruto del árbol venenoso*” que consiste –básicamente y sin agotar la profunda filosofía jurídica que lo inspira– en que no es admisible en un proceso judicial un medio probatorio ilegalmente obtenido, porque la violación configurada por esta obtención ilegal o espúrea no puede servir válidamente para acreditar algún elemento comprometido en la imputación penal. Por ende, en tal caso, se debe excluir también todo otro elemento probatorio surgido o conseguido en directa o inmediata del primigeniamente logrado de modo ilegal; porque este otro elemento probatorio así relacionado y encadenado al primero, es el fruto del árbol venenoso, que se contagia de este.

Como ha explicado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo y Sentencia N° 612 de fecha 3 de julio de 2007, en el Expediente: “Recurso Extraordinario de Casación Directa interpuesto por la Defensora Pública Abog. Sandra Rodríguez en los autos: ”M.P. c/ A. A. y F. A. s/ Homicidio

Doloso.”: *“...la demarcación precisa de la doctrina en trato resulta siempre dificultosa, lo cual impide establecer sobre la misma criterios interpretativos de carácter general, sino que su configuración o no, debe analizarse en forma individualizada y singular y según las particularidades del caso, porque su aplicación errónea puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial...”*.”

Examinado el caso, a la luz de la línea jurisprudencial que sobre la materia tiene elaborada la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que en autos, Tribunal de Sentencia, a falta de pruebas directas, se valió de una serie de pruebas indiciarias, que se manifiestan, entre otras cosas, por la presencia del acusado cerca de la escena del hecho delictivo, poco antes de su consumación; su característica física; las lesiones constatadas en su cuerpo, particularmente, en sus genitales, tal como lo señalara la víctima; la reciente data de dichas lesiones, etc.. A ellas, se ha sumado la descalificada o excluida (la supuesta confesión en sede judicial).

Sometida la cuestión litigiosa a un examen en función a la confluencia de la prueba ilegal en el contexto de las demás pruebas valoradas, fácil es advertir que su irregular apreciación –por sí sola– es absolutamente inidónea para apadrinar la sanción nulificatoria integral de la sentencia definitiva, lo que impone la necesidad de mantener su virtualidad jurídica.

Y ello es así, porque a pesar de que la prueba ilegal se ha incorporado al acervo probatorio fundante de la sentencia condenatoria, su exclusión no altera la eficacia conviccional de las demás pruebas legalmente obtenidas y que mantienen el mismo resultado conclusivo, máxime considerando que provienen de fuentes probatorias autónomas o independientes y sin ninguna conexión lógico-causal con la declarada inhábil, lo que no permite afirmar que el germen vicioso de esta última se haya transmitido a las legítimamente obtenidas y justipreciadas. En el caso es aplicable la regla de la supresión mental hipotética, por virtud del cual aun cuando se excluya la validez de la supuesta confesión en sede judicial, por las demás pruebas indiciarias, queda inmutable el idéntico resultado logrado, es decir, las mismas devienen válidas y aptas para acreditar con suficiencia la responsabilidad penal de acusado.

En lo atinente al agravio por el que se sostiene que no se ha determinado el nivel de participación del acusado, sus circunstancias, la forma de consuma-

ción, ni el papel que cumplió el fugado. Al respecto, cabe señalar que en relación a este último, no se puede emitir juicio de valor alguno, toda vez que su conducta, por el hecho de estar en rebeldía, no ha sido materia de juzgamiento. En relación al acusado, se debe partir de la idea de que la existencia del hecho punible no ha sido materia de discusión y su consecuencia está plasmada en el certificado médico legal obrante en autos; mientras que su participación quedo demostrado mediante un proceso selectivo de las pruebas indiciarias evaluadas y que convergen en la inequívoca conclusión de que el mismo ha sido autor del hecho punible.

En efecto, se percibe de la sentencia que la actividad juzgadora, lejos de ser antojadiza o caprichosa, en el proceso de evaluación probatoria y falta de pruebas directas, capto y oriento las pruebas indiciarias, concatenándolas entre sí con precisión y concordancia, lo que permitió que adquirieran identidad y relevancia jurídica.

Hoy en día ya no se discute que los indicios tengan aptitud probatoria, con la condición de que sean unívocos y no anfibológicos, vale decir, que la relación entre los hechos conocidos (indiciarios), debidamente acreditados, no puedan relacionarse con otro hecho que no sea el hecho desconocido, cuya existencia se pretende demostrar (indicado); y que para la valoración de las mismas se exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio, desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba. Además, frente a aspectos que constituyan el correlato subjetivo de la materialidad de la conducta enrostrada, como en relación a cualquier otro aspecto fáctico, rige el principio de libertad probatoria consagrado en el Artículo 173 del C.P.P. y consecuentemente, adscrito a las reglas de la sana crítica.

En el caso de autos, dentro de las complejidades probatorias que el caso ha planteado, el Tribunal de Sentencia utilizó un método crítico a la vez general y propio de cada fuente de prueba, para extraer razones en pro y en contra de cada una de ellas a los efectos de obtener una mejor señal convictiva sobre extremos de necesaria dilucidación, habida cuenta que las diversas fuentes no constituyen en absoluto compartimientos estancos. Es que el resultado particular de una prueba puede, apreciándola con otras, tomar un significado distinto, aumentando, corroborando o bien perdiendo su aptitud fundante.

En la especie se percibe sufrientemente que el tribunal sentenciante apoyó sus conclusiones en elementos corroborantes de diversas fuentes indicia-

rias, de igual o distinta eficacia, pero que recayeron sobre idénticos hechos controvertidos con suficiencia para acreditar el carácter de autor del acusado. En ese contexto, los indicios que ha considerado han surgido de testificales, periciales y documentales recepcionados y sometidos al contradictorio en el juicio, con los que se ha acreditado la presencia del acusado y su hermano en las inmediaciones del lugar de la comisión del hecho y pocas horas antes de su consumación; también ha considerado la característica física del autor, la que concordaba con la reportada por la víctima; tuvo en cuenta también la variedad de lesiones leves en brazos, cuello, cara y piernas constatadas en el acusado que ha sido examinado tan pronto se ha producido su aprehensión y particularmente, las lesiones que tenía en los genitales (glande y prepucio), las que también coincidían con la manifestación de la víctima, quien adujo, según los testigos, que en su afán de defenderse, arañó y mordió a sus agresores; a ellos se suma, que dichas lesiones eran de reciente data, lo que daba cuenta que las recibió entre la fecha del hecho y la de su aprehensión.

Como se puede ver, para consolidar la conducta punible atribuida al acusado, el Tribunal de Sentencia conjugó la pluralidad de indicios concordantes, concurrentes y unívocos que explican la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demostraban cómo y por qué las pruebas indiciarias consideradas ejercían suficiente impacto conviccional para tener por acreditado el referido extremo de la imputación penal, lo que despeja toda posibilidad de ser estimada como irracional, absurda o contrario a las reglas de la sana crítica; lo que me permite sostener, sin duda alguna, que el mismo resulta ajustado a derecho, al haber arribado a su conclusión de certeza positiva en base a prueba indiciaria, la cual, unívocamente examinada constituye un sólido sustento de la acreditación de la conducta enjuiciada, esto es el carácter de autor del acusado en el hecho punible acreditado.

Como afirma Gladis E. de Midón en su obra “La Casación – Control del Juicio de Hecho”: “... *Por eso en un proceso con pluralidad de pruebas, la apreciación o hermenéutica probatoria demanda una triple tarea: a) fijar cuidadosamente las varias pruebas referentes a cada hecho conducente y, desde luego, controvertido...*”.

Sigue diciendo: “... *b) relacionarlas entre sí para apreciar su concordancia debida a conexiones más o menos estrechas entre ellas, o bien su discordancia, en cuyo caso; c) se agruparan las que resulten favorables a una hipótesis y las*

*que por el contrario la desfavorezcan para luego de sopesar los elementos de cargo y los de descargo, concluir si se neutralizan mutuamente o bien cuales prevalecen...”.*

Precisamente la actividad juzgadora del Tribunal de Sentencia ajustó su proceder a las particularidades del caso y mediante un método crítico de conjunto y al mismo tiempo analítico valoró cada fuente de prueba –suficientemente sistemático– que le permitió comprender su relación con las demás, sin limitarse a analizar la exclusiva significación directa de cada una de ellas, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias con las restantes que también fueron justipreciadas y en su caso, desechadas.

En definitivas, sobre la base de las reflexiones esbozadas, se distingue que por la Sentencia Definitiva traída a estudio, el Tribunal de Sentencia ha sido suficientemente coherente con las exigencias legales que condicionan la validez de toda decisión jurisdiccional, expresando en la sentencia el nexo existente entre convicción, pruebas y derecho aplicado, por lo que ningún reproche se le puede endilgar y resulta incommovible. En consecuencia, por los argumentos expuestos, los agravios defensivos son improcedentes y se extiende, por las mismas razones, a las objeciones formuladas por la defensa en el sentido de que no se visualiza en la sentencia la debida exteriorización de la utilización de las pruebas indirectas conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, los cuales son desmentidos en los términos y alcances explicitado precedentemente.

Como remanente analítico quedan los agravios vinculados a la medición de la pena, que, según sostiene la recurrente, su determinación en la sentencia condenatoria no está motivada, toda vez que el Tribunal se limitó a transcribir el Art. 65 del C.P. valiéndose, en su redacción, de frases y formulas sin valoración, incumpliendo así el deber de motivación reforzada de una condena; además, incurrió en la doble valoración vedado por el Art. 65 numeral 3 del Código Penal.

Y tan pronto se examinan los agravios en relación a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal en la dosificación punitiva y que ha plasmado en el fallo resulta más que evidente que le asiste razón, considerando que el A-quo en ese delicado y sensible tramo insertado en el campo de la disimetría penal, transgrede las escrupulosas reglas que el estatuto represor impone en su Art. 65. En efecto, los miembros del Tribunal al explicar la razón del quantum puni-

tivo que imponen , tomando como parámetro –según dicen– las reglas establecidas en el Art. 65 del Código Penal (Bases de la Medición) a más de haber omitido pronunciarse sobre determinadas cláusulas, en la mayoría de los que consideró, los colmó de insustanciosos contenidos que no son más que formas mimetizadas –expresada de otra manera– de volver a considerar las circunstancias del tipo legal, lo cual significa que en la medición de la pena reconsidera las circunstancias pertenecientes al tipo legal aplicado, por lo tanto en abierta oposición a la expresa prohibición establecida en el inciso 3º del mismo precepto que claramente dispone: “la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal”.

En otros términos, el Tribunal al individualizar la sanción penal valora doblemente algunos parámetros graduadores que ya han sido tomados en cuenta por el legislador penal al trazar el marco punitivo del hecho investigado. Ciertamente es que en la medición o individualización de la pena –como mecanismo legal para convertir en magnitudes penales las consecuencias del ilícito– se concede al juzgador cierta discrecionalidad judicial, pero esa discrecionalidad no es libre, sino una discrecionalidad jurídicamente reglada y vinculada con normas de orden constitucional y legal.

En tal sentido, el fallo es inconsecuente con los axiomáticos principios que orientan e informan a la materia puntual, y que deben plasmarse en el pronunciamiento penal como explicación de la sanción que se impone, de modo tal a que la misma quede suficientemente demostrada que la gravedad de la pena impuesta es proporcional a la gravedad del reproche del autor, que precisamente sirve de fundamento y límite, cualitativo y cuantitativo, a toda sanción penal que, insisto, debe resolverse, por el principio de legalidad que lo rige, combinando los distintos fines de la pena atendiendo a las rigurosas casuísticas fijadas en el estatuto punitivo –como reglamentación constitucional– para que estas sean racionales y proporcionales a la acción quebrantadora de la norma penal, independientemente de la naturaleza que revisten; esto es, sean principales , complementarias o adicionales.

Ante la emergencia señalada, considerando la entidad de la promiscuidad e incompletitud en la aplicación de los resortes cuantificadores de la sanción penal en que ha incurrido el A-quo, no es posible implementar el dispositivo rectificador y saneador previsto en el Art. 475 del C.P.P., por lo que no queda otra opción que la de imponer la sanción nulificatoria de este segmento de la

sentencia , por cuanto que, reitero, no compatibiliza con las exigencias constitucionales y legales (Art. 20 C.N. ; 3 y 65 del C.P.) en las que se inspiran la dosificación punitiva y que están imbuidos de la idea de la reeducación y reinserción social de quien ha delinquido, pero sin desatender la protección de la sociedad.

Por consiguiente, corresponde la aplicación del Art. 473 –segundo párrafo– del C.P.P., esto es la nulidad parcial de la sentencia circunscripto, exclusivamente, a la medición de la pena (numeral 6 de la parte dispositiva); quedando a salvo la calificación jurídica, la tipicidad y antijuridicidad de la conducta del acusado, como asimismo su reprochabilidad, su punibilidad y demás accesorios legales, a cuyo fin debe reenviarse estos autos, para sustanciar un nuevo juicio a los efectos de la aplicación de la sanción penal que corresponda en derecho, sin perder de vista lo dispuesto en el Art. 457 del C.P.P. (Prohibición de la Reforma en Perjuicio), por darse los presupuestos que condicionan su operatividad.

El mecanismo de solución a la controversia que sugiero en la presente ponencia se enrola en el contexto de la línea jurisprudencial que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia viene delineando ante anomalías de la naturaleza presentada en autos, entre las que se encuentra, por citar la última, el *Acuerdo y Sentencia N° 82 de fecha 10 de marzo de 2011*, dictado en los autos: “Recurso de casación interpuesto por el señor Oscar Rubén Acosta Fernández, bajo patrocinio de los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Ricardo Lugo (h) en la causa: R. M. s/ Hecho Punible c/ el honor de las personas”. En consecuencia, por todo cuanto llevo dicho sobre la segunda cuestión examinada, en mi opinión, corresponde en derecho acoger, parcialmente, el recurso de Apelación Especial planteado por la Defensora Pública en contra de la Sentencia Definitiva N° 29 de fecha 1 de setiembre del año 2010, dictado por el Tribunal Colegiado de Sentencia de esta Circunscripción Judicial, los términos y alcances que he esbozado precedentemente. Así voto.

A SUS RESPECTIVOS TURNOS, los magistrados, MAGNO VARGAS y VÍCTOR RODRÍGUEZ, manifestaron adherirse al voto de la preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Misiones, por ante mí, que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Misiones.

RESUELVE:

1) DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en el mecanismo de impugnación deducido.

2.) DECLARAR admisible el Recurso de Apelación Especial interpuesto por la defensora pública, Abog. Sandra María Maidana contra la Sentencia Definitiva N° 29 de fecha 1 de setiembre del año 2010, dictado por el Tribunal Colegiado de Sentencia de esta Circunscripción Judicial, integrado por los jueces: Oscar Ramón Talavera, como presidente, Víctor Patricio Poletti y Nicasio Ortega Flecha, como Miembros.

3) HACER LUGAR, PARCIALMENTE, al Recurso de Apelación Especial planteado contra la Sentencia Definitiva N° 29 de fecha 1 de setiembre del año 2010.

4) ANULAR, el Apartado 6 de la parte dispositiva de la sentencia definitiva impugnada. CONFIRMAR, los demás puntos de la parte resolutive, por los argumentos expuestos en la parte exordial de la presente resolución.

5) ORDENAR, de conformidad al Art. Art. 473 –segundo párrafo– del C.P.P., el REENVÍO (PARCIAL) de estos autos para la sustanciación de un nuevo juicio para la correcta aplicación de la sanción penal al acusado A. G., por las razones y con los alcances explicitados en el considerando de la presente resolución.

6) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Alegre Jara, Rodríguez Lezcano, Vargas Goitia.

Ante mí: José María Rolón, Actuario Judicial.

\* \* \*

### **AUTO INTERLOCUTORIO N° 157**

**Cuestión debatida:** *Se analizan varias aristas, como que en los delitos de acción penal pública solamente puede ser querellante la víctima (ofendido directo) del hecho punible, por entender que el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal, por ende está por resolverse si un particular está legitimado en hechos punibles contra la administración pública. Otro punto de estudio se centra en si un querellante a la vez puede ser imputado en una causa conexa. Y por último si son válidas las actuaciones del querellante en estas circunstancias.*

**HECHO PUNIBLE. Bien jurídico protegido. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. ACCIÓN PENAL. Acción pública.**

La invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria para todos los casos, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos.

**HECHO PUNIBLE. Bien jurídico protegido. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. ACCIÓN PENAL. Acción pública.**

El carácter de ofendido por el delito sólo se requiere a título de hipótesis, puesto que si se exigiera su previa comprobación ello significaría imponer, para iniciar y proseguir el proceso, la demostración de la realidad del delito, que es lo que precisamente se debe investigar. De ahí que, en mi opinión, en los hechos que afectan a la administración pública, el particular damnificado conserva la posibilidad de incorporarse al proceso como querellante siempre que hayan podido derivar un perjuicio real y directo para él.

**QUERELLA. Querella adhesiva. IMPUTADO. JUICIOS CONEXOS. MINISTERIO PÚBLICO. Intervención del Ministerio Público.**

Entre una y otra causa penal existe una conexión incontrovertible, siendo el presente proceso penal, en el que el recurrente funge de querellante, consecuencia de otra causa penal en el que el mismo reviste calidad de imputado. Del modo expuesto, se advierte que en la causa no es uno sino, en principio y sin perjuicio de lo que resulte del avance de la investigación, dos hechos los que se pesquistan, en uno de los cuales el querellante ha sido imputado, circunstancia que lo inhabilita a asumir el rol de querellante adhesivo en el proceso, puesto que, real o potencialmente, el mismo tendrá dos estatus jurídicos incompatibles, la de acusador e imputado o acusado en procesos penales entre las que, reitero, existe una inescindible relación de causa y consecuencia. Pese

a la imposibilidad de asumir rol de querellante, la acción penal pública no queda perturbada, pues seguirá siendo ejercida por parte de su titular, el Ministerio Público Fiscal.

**QUERELLA. Querella adhesiva. IMPUTADO. JUICIOS CONEXOS. MINISTERIO PÚBLICO. Intervención del Ministerio Público. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa.**

Quien reviste la calidad de imputado en un proceso carece de aptitud jurídica o legitimidad procesal para actuar como querellante en la misma causa, al menos por idéntico hecho o por los que resulten conexos entre sí.

**ACUSACIÓN. Falta de Acusación. QUERELLA. Desistimiento y abandono de querella.**

Si bien mostrarse como parte querellante en el juicio penal trae consigo importantes facultades, al mismo tiempo y en contrapartida, impone cargas procesales de cumplimiento obligatorio, so pena de perder aquellas potestades que tal condición le confiere, entre ellas, la recursiva.

**ACUSACIÓN. Falta de Acusación. QUERELLA. Desistimiento y abandono de querella.**

El querellante se limitó a promover querella adhesiva sin haberse avenido, con posterioridad y en el plazo previsto en el Art. 348 del CPP, a presentar la acusación que requiere la postulación de un acto formal, una declaración de voluntad expresa de quien esta *ministerio legis* llamado a formularlo. El escrito promocional de la querella no se equipara a la presentación de la acusación, lo que explica que el mentado escrito forense no alude a la acusación, ni puede inferirse esta en tanto no se invoca ninguna normativa que apoye una pretensión acusatoria.

**ACUSACIÓN. Falta de Acusación. QUERELLA. Desistimiento y abandono de querella.**

Ante la omisión gana operatividad el abandono de la querella. El hecho de que el A-quo no lo haya declarado de oficio o a petición de parte, tal como lo impone la ley, no inhibe la posibilidad de que un órgano jurisdiccional en función revisora y como garante del debido proceso, declare su abandono más aun considerando que compromete una cuestión vinculada al ejercicio de la acción penal.

**TApel. Civ. Com. Laboral y Penal. 20/11/12. “Supuesto Hecho Punible c/ La Administración Pública (Quebrantamiento De Depósito)” (A. I. N° 157).**

VISTO: El recurso de Apelación General deducido, bajo patrocinio de abogado, por el Sr. S. H., contra el A.I. N° 310, del 18 de junio del 2012, dictado por el Juzgado Penal de Garantías de la Ciudad de Ayolas, Misiones, y;

CONSIDERANDO: Por el Auto Interlocutorio recurrido, el a-quo, ha resuelto: “*Calificar; la conducta del imputado J. V. L., incursándolo dentro de las disposiciones del Art. 298 del Código Penal... Hacer Lugar; al pedido de Aplicación de Criterio de Oportunidad, requerido por el Representante del Ministerio Público a favor del incoado J. V.L. Levantar; todas las medidas que pesan sobre el imputado... Extinguir; la acción penal respecto al delito investigado... Anotar ...*”.

En su escrito de agravios el Sr. S. H. bajo patrocinio de abogados expresa, entre otras cosas, lo que sigue: 1) se agravia con las medidas adoptadas por el Juzgado a requerimiento del Ministerio Público, considerando que de manera alguna deviene procedente la aplicación del criterio de oportunidad por la inexistencia de los requisitos establecidos en el Art. 19, inc. 1 del C.P.P.; 2) que la resolución apelada no se aclara fehacientemente si la subsunción de la conducta realizada se refiere a la cuantía del daño o al reproche reducido; 3) que la existencia del hecho punible queda demostrada claramente considerando que los objetos incautados en una causa penal y puestos a disposición de los órganos judiciales competentes sólo pueden ser dispuestos por orden de los mencionados órganos por lo cual no existe causal administrativa que permita su disposición sin autorización judicial; 4) que el valor de los productos superan ampliamente los límites para ser considerados bagatelarios; 5) que se debe descartar la insignificancia, por cuanto que el imputado es un funcionario público (factor agravante) que ha cometido el hecho punible en el ejercicio de sus funciones públicas e incumpliendo una orden judicial; 6) solicita ser revocada la resolución apelada por no ajustarse a derecho y en consecuencia la continuidad de la investigación fiscal.

Por su parte, la defensa del imputado J. V. L., Abg. Uvaldo Willian Aquino Medina, al contestar el emplazamiento, según reseña, aduce cuanto sigue: 1) se ratifica en que es procedente la aplicación del criterio de oportunidad a favor de su defendido; 2) insistencia del querellante en exigir una reparación por

parte de si defendido tiene como objetivo la venganza; 3) su cliente cumplió en tiempo y forma en elevar informes al Juzgado; 4) la cantidad de piezas están especificadas en Acta N° 6243/11; el resto fue donado por orden de la Fiscalía N° 1 a cargo del fiscal Hugo Segovia; las actas de donación se encuentra en la carpeta fiscal; 5) que su poderdante obró de conformidad a la Ley N° 3.556/88; Artículo 48 inciso b); 6) su cliente se allanó al pedido del Agente Fiscal; 7) la Fiscalía comprobó que ya no hay necesidad de proseguir con la investigación penal; 8) Solicita confirmar la resolución recurrida.

En su oportunidad, en cumplimiento de la carga procesal que supone la contestación del emplazamiento, el agente fiscal Hugo Víctor Segovia Villasanti, sostiene lo siguiente: 1) la presente causa tuvo como antecedente un proceso penal seguido al hoy querellante por *Producción de Documentos no auténticos Art. 246 C.P.*, al falsear el guía de traslado de los pescados que fuera objeto de depósito, como así mismo por *Resistencia, Art. 296 C.P.*, por haber realizado hecho de violencia al señor S. H. en el momento de procedimiento, beneficiado posteriormente con un requerimiento de Suspensión Condicional del Procedimiento, previa realización de una reparación social por Gs. 500.000; 2) resulta bastante discutible la calidad de víctima y por ende del querellante de S. H. en la presente causa, atendiendo que dicho ilícito se encuentra enmarcado dentro de los Hechos Punibles contra la Administración Pública; 3) la oposición a este Instituto Procesal expresado por el presente recurso es inclusive relativo y que raya su legitimidad activa; 4) el daño patrimonial en la esfera penal para este caso específico es relativo; 5) considera insignificante el hecho punible y reducido el grado de reproche, atendiendo que más bien existió un mal entendido con la disposición judicial; 5) los pescados fueron entregados a personas necesitadas y otra estuvo en descomposición; 6) solicita sea confirmada la resolución recurrida.

Expuestas las posiciones que las partes adversas sostienen en la coyuntura recursiva traída a despacho, corresponde, preliminarmente, emitir juicio valorativo con respecto a la admisibilidad del recurso de apelación general planteado, de acuerdo a las normales generales establecidas en los Arts. 449 al 457 del C.P.P., así como, en las particulares, reguladas en los Arts. 461 al 465 del mismo digesto ritual. Es decir, se analiza si el dispositivo procesal implementado cumple con el requisito común de taxatividad de los medios impugnativos, puesto que estos solamente proceden en los casos expresamente establecidos

por la ley instrumental y en las rigurosas condiciones en ella establecidas, de tal forma a que la admisibilidad quede equiparada a la procedencia formal del recurso y la fundabilidad a la procedencia sustancial o de fondo del mismo.

Naturalmente, si la promoción recursiva no se concilia con las exigencias formales requeridas en los elencos procesales descritos en el código de forma, su inadmisibilidad es su consecuencia. Lo mismo ocurre cuando emana de un sujeto procesal no legitimado para ello transgrediendo la normativa que reglamenta la actividad recursiva. En ambos casos, la inadmisibilidad es la sanción procesal que impide que el órgano competente examine la cuestión de fondo, por el déficit ritual del cual adolece la presentación impugnativa.

Desde esa perspectiva conviene tener presente que las postulaciones recursivas deben cumplir con algunos presupuestos básicos, para su consideración en lo sustancial por el órgano de alzada, entre otros: *a) que la resolución recurrida sea de las afectables al mecanismo de impugnación efectivamente ejercido; b) presentación en tiempo; c) cumplimiento de los requisitos formales y d) legitimación activa.* A la luz de lo expuesto, no existe dificultad alguna para afirmar el cumplimiento de los primeros cuatro presupuestos; el punto neurálgico a dilucidar es en relación al último; esto es sí el querellante adhesivo –dadas las particularidades que surgen a) de la naturaleza de la acción penal ejercitada y el bien jurídico que el tipo penal tutela; b) la vinculación del presente proceso penal con otro abierto que involucra al recurrente; c) la actuación procesal precedente del pretense querellante adhesivo en esta causa penal– está legitimado para provocar la apertura de una etapa eventual del mismo, como es la recursiva, considerando que es cuestionada su calidad de víctima por el Ministerio Público Fiscal, quien lo tilda como de dudosa legitimidad. El caso es que si el querellante adhesivo no es víctima en los términos del Art. 67 del CPP, está impedido de asumir rol de querellante a tenor de lo dispuesto en el Art. 69 del mismo digesto instrumental.

Por lo demás, ante las posturas contrapuestas –por la aplicación del Criterio de Oportunidad– que asumen el Ministerio Público Fiscal y la Querrela Adhesiva, consintiendo el primero y oponiéndose la segunda por el recurso interpuesto, hace que, al menos potencialmente, el dispositivo impugnativo mantenga la vigencia de la acción penal pública que ha sido, con aquiescencia del juzgador inferior, extinguida a requerimiento del titular en su ejercicio, extremos que explican la trascendencia de la materia en examen y que debe

ser dilucidada en el contexto de la admisibilidad, porque de lo contrario resultaría tardía o inocua debatir el tema en una posterior oportunidad procesal, en la medida que lo debatido se vincula con el ejercicio de la jurisdicción por parte de los jueces naturales como garantía tanto para las partes como para el Estado, por así exigirlo el debido proceso.

Formuladas las precisiones que anteceden, corresponde explorar la problemática planteada en función a la naturaleza de la acción penal pública y el bien jurídico que el hecho punible investigado protege. Al respecto, una línea doctrinaria y aun jurisprudencial, sostiene la teoría –la que sugiere el agente fiscal interviniente– de que en los delitos de acción penal pública solamente puede ser querellante la víctima (ofendido directo) del hecho punible, entendiendo por esta al titular del bien jurídico protegido por el tipo penal. En el caso, el tipo penal de Quebrantamiento de Depósito está regulado dentro del catálogo de Hechos Punibles contra la Administración Pública, lo que sugiere que el ofendido directo (sujeto pasivo) es la propia Administración Pública en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho-deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa por parte de los titulares a los que la misma corresponde en el contexto de una función estatal.

Desde esa perspectiva, si se suscribiera tal exégesis, en el caso de autos, al no ser el recurrente ofendido directo, no es víctima del hecho y por consiguiente mal podría ser querellante, por lo que, lógicamente, no tendría legitimación activa para articular dispositivos impugnativos o cualquier otra actividad requirente dentro del proceso en el cual es un extraño, por lo que, única y exclusivamente, atañería al Ministerio Público Fiscal la persecución penal. Sin embargo, particularmente, no adhiero a la aludida línea interpretativa, sino a la opuesta que parte de la idea, por un lado, de que la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria para todos los casos, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos

Por otro, que el carácter de ofendido por el delito sólo se requiere a título de hipótesis, puesto que si se exigiera su previa comprobación ello significaría imponer, para iniciar y proseguir el proceso, la demostración de la realidad del delito, que es lo que precisamente se debe investigar. De ahí que, en mi opinión, en los hechos que afectan a la administración pública, el particular damnifica-

do conserva la posibilidad de incorporarse al proceso como querellante siempre que hayan podido derivar un perjuicio real y directo para él.

En tal sentido, comparto las autorizadas opiniones de D'Albora y Rubianes, en cuanto señalan: *“No es necesario, entonces, que el querellante sea exclusivo titular del bien jurídico que aparece afectado en delitos que agravan inmediatamente a la Administración Pública, pues no deben excluirse aquellos bienes garantizados secundaria o subsidiariamente”* (ver D'Albora F., “Curso de Derecho Procesal Penal”, Ed. Abeledo Perrot, año 1982, pág. 80; Rubianes C., “La querrela de acción pública”, Bs. As., 1964, pág. 36).

Abordada la cuestión desde la segunda perspectiva, es decir, tomando en cuenta la vinculación del presente proceso penal con otro abierto que involucra al recurrente, la factibilidad de que este último este legitimado para querellar se torna más compleja. Al respecto, conviene ilustrar, según lo reporta las constancias causídicas, que el hecho punible de Quebrantamiento de Deposito que se investiga en la presente causa penal es derivación de otro hecho punible (contra la Ley N° 3191/91) por el cual, el hoy recurrente investido de calidad de querellante, ha sido imputado por el Ministerio Público Fiscal; precisamente, por haberse sustraído —supuestamente— parte de piezas de pescados que le fueron decomisados y que les debían ser devueltos, por disposición de las autoridades, por el querellado bajo cuya custodia fueron puestas en su carácter de funcionario de la SEAM.

Como se puede ver entre una y otra causa penal existe una conexión incontrovertible, siendo el presente proceso penal, en el que el recurrente funge de querellante, consecuencia de otra causa penal en el que el mismo reviste calidad de imputado. Del modo expuesto, se advierte que en la causa no es uno sino, en principio y sin perjuicio de lo que resulte del avance de la investigación, dos hechos los que se pesquisan, en uno de los cuales el querellante (S.H.R.) ha sido imputado, circunstancia que lo inhabilita a asumir el rol de querellante adhesivo en el proceso, puesto que, real o potencialmente, el mismo tendrá dos estatus jurídicos incompatibles, la de acusador e imputado o acusado en procesos penales entre las que, reitero, existe una inescindible relación de causa y consecuencia. De cualquier manera, pese a la imposibilidad de asumir rol de querellante, la acción penal pública no queda perturbada, pues seguirá siendo ejercida por parte de su titular, el Ministerio Público Fiscal.

Así lo ha entendido, casi en forma casi unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera, al afirmar que quien reviste la calidad de imputado

en un proceso carece de aptitud jurídica o legitimidad procesal para actuar como querellante en la misma causa, al menos por idéntico hecho o por los que resulten conexos entre sí.,. Esto se observa, a nivel jurisprudencial, en los casos: “Causa N° 1.889/11, P., C. R. s/ Hurto de automotor o vehículo dejado en la vía pública”; “Di Pietro”, JPBA, 111-108-298; “Caserta, Mario”, JPBA, 92-130-394; “Bernstein, L. M.”; JPBA, 111-108-297 “Cosenza Julio C.” LL, 1998 - E-683. Doctrinariamente encuentra apoyo, entre otros, en la enjundiosa obra “La Querella” de Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray; Edit. Hammurabi, 3ª edición, 2008, págs. 55/56.

El tercer enfoque analítico se vincula con la actuación procesal precedente del recurrente en su calidad de querellante adhesivo en esta causa penal, anterior inclusive a la aplicación del Criterio de Oportunidad que, precisamente, pone en crisis. En efecto, el A-quo, prorroga ordinaria mediante, fijó fecha de acusación para el 03 de mayo de 2012 (fs. Xxx). Precisamente, en la fecha indicada, en atención a lo dispuesto en el Art. 351, numeral 2 –segundo párrafo del CPP– el Ministerio Público Fiscal, como acto conclusivo, requirió la aplicación del Criterio de Oportunidad, instituto que fue acogido favorablemente, tras sustanciarse la Audiencia Preliminar, por el Interlocutorio recurrido (A.I. N° 310 de fecha 18 de junio de 2012, fs. xxx).

Por su parte, el impugnante promovió la querella adhesiva en fecha 25 de abril de 2012 (fs. Xxx) y fue reconocido en tal carácter por providencia 27 de abril del mismo año (fs. Xxx). Y tal postulación, desde el punto de vista de sus temporaneidad, está acorde con el Art. 293 del CPP, en concordancia con el Art. 69 del mismo cuerpo legal. Si bien mostrarse como parte querellante en el juicio penal trae consigo importantes facultades, al mismo tiempo y en contrapartida, impone cargas procesales de cumplimiento obligatorio, so pena de perder aquellas potestades que tal condición le confiere, entre ellas, la recursiva.

Es lo que ocurrió en el subjúdice, pues el querellante, por el escrito de referencia y según el objeto de la presentación que lo rubrica, se limitó a promover querella adhesiva sin haberse avenido, con posterioridad y en el plazo previsto en el Art. 348 del CPP, a presentar –independientemente de la posición que asuma el Ministerio Público Fiscal– la acusación que requiere la postulación de un acto formal, una declaración de voluntad expresa de quien esta *ministerio legis* llamado a formularlo. Obviamente, el escrito promocional de la

querrela no se equipara a la presentación de la acusación, lo que explica que el mentado escrito forense no alude a la acusación, ni puede inferirse esta en tanto no se invoca ninguna normativa que apoye una pretensión acusatoria.

De ahí que ante la omisión señalada, gana operatividad lo normado en el Art. 294 –numeral 2– del CPP, esto es el abandono de la querrela. El hecho de que el A-quo no lo haya declarado de oficio o a petición de parte, tal como lo impone la ley, no inhibe la posibilidad de que un órgano jurisdiccional, en función revisora y como garante del debido proceso, declare su abandono, más aún considerando que compromete una cuestión vinculada al ejercicio de la acción penal. En tal sentido se ha expedido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al afirmar, en lo pertinente, lo que sigue: “.. *De esta forma, se ve que por incumplimiento del artículo 98 del CP, este juicio no pudo haber avanzado, debiéndosele llamar la atención a los órganos jurisdiccionales intervinientes por su negligente trabajo en el control de la vigencia de la acción, que por ser de oficio y de carga pública, debieron haberlo hecho sin siquiera que el imputado lo pida...*” (Acuerdo y Sentencia N° 313 de fecha 9 de mayo de 2012 en la causa caratulada: “*O. D.V. S/ difamación y otros*”). Además, no consta en autos notificación alguna de la admisión de la querrela a la defensa, conforme a la exigencia que impone el Art. 292 –primer párrafo– del CPP, lo que impidió a aquella oponerse, excepción mediante, a dicha admisión conforme al derecho que a tal efecto le reconoce el tercer párrafo del elenco procesal citado precedentemente.

Lógicamente, si el abandono se produjo antes de que el querellante planteara el recurso, su legitimación para el efecto quedó cercenado en ese contexto, por lo tanto impedido de toda posterior persecución por parte del querellante, en virtud al mismo hecho que constituyó el objeto de la querrela y en relación a los imputados que participaron en el procedimiento, que es, justamente, el efecto que le reconoce el citado artículo –in fine– del CPP. Por lo anterior, al estar el recurrente desapoderado de la facultad impugnatoria por efecto del abandono que se retrotrae en la instancia de su advenimiento, el recurso interpuesto, subjetivamente, es inadmisibile y así debe declararse. Es mi voto.

POR TANTO, en mérito de las consideraciones que anteceden, de conformidad con las disposiciones legales invocadas en la presente resolución, el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia y Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Misiones,

RESUELVE:

1) DECLARAR, abandonada la querrela adhesiva promovida por el Sr. S.H.R. en contra del Sr. J.V.L. por el Hecho Punible de Quebrantamiento de Depósito, por las razones expuestas en la parte exordial de la presente resolución.

2) DECLARAR INADMISIBLE, el recurso de Apelación General interpuesto contra el A.I. N° 310, del 18 de junio del 2012, dictado por el Juzgado Penal de Garantías de la ciudad de Ayolas, Misiones, por los fundamentos expuestos precedentemente.

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

Magistrados: Rodríguez, Alegre Jara, Vargas G.

Ante mí: José María Rolón, Actuario Judicial.