

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro Responsable

Año 2023 – Número 1

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

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

Asunción, Paraguay

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

Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

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

GACETA JUDICIAL N° 1/2023
Primera edición 2022: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)
DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO RESPONSABLE

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

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN Y ELABORACIÓN
ABG. NORA BANICIE MURDOCH GUIRLAND
ABG. ALEXANDER ARGÜELLO ALDERETE
ABG. MARÍA CRISTINA SANABRIA SANABRIA
ABG. ROBERTO CARLOS RUÍZ DÍAZ

COLABORACIÓN
DIRECCIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98
ISBN: 978-99967-12-40-1

CONTENIDO

ÍNDICES

Índice Temático	9
Índice por Tribunales	13

MONOGRAFÍAS

EFFECTIVIDAD DE LAS ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL.....	15
<i>Yngrid Susana Yambay Jacquet y Diana Verónica Arguello Cañiza</i>	
¿EL DERECHO A LA IDENTIDAD ESTÁ SITUADO POR ENCIMA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO? EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	43
<i>María José Seijo Ayala</i>	

JURISPRUDENCIA

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia de apelación ante la Corte Suprema de Justicia. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Principio de doble instancia. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. DEBERES DE LOS JUECES. De sus derechos y deberes. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del Recurso de nulidad. Recurso de nulidad contra Sentencia definitiva. PRINCIPIO DE TRANSCENDENCIA. LEY N° 1/1992 “DE LA REFORMA PARCIAL DE CÓDIGO CIVIL”. UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO. Características. Efectos. C.S.J. Sala Civil 02/11/2021 (Ac y Sent. N° 73).	67
RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. CONTRATO. De la interpretación del contrato. Validez. LEY 1.183/1985. CÓDIGO CIVIL	

CONTENIDO

PARAGUAYO. Contratos bilaterales. Obligación de Hacer Escritura Pública. De la Cláusula penal. Efectos del contrato y su extinción. C.S.J. Sala Civil 01/12/2022 (Ac y Sent. N° 80)..	97
RECURSO DE NULIDAD. RECURSO DE APELACIÓN. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. ERROR IN IUDICANDO. IN PROCEDENDO. PRINCIPIO DE PLENITUD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. (Voto en disidencia). INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Ejercicio Abusivo del Derecho. DOLO. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. PRUEBA. Carga probatoria. C.S.J. Sala Civil 14/12/2022 (Ac. y Sent. 83).	115
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la Escritura. Responsabilidad subjetiva. Oponibilidad. Publicidad. COSTAS. Principio objetivo de la derrota. C.S.J Sala Civil 28/12/2022 (Ac. y Sent. N° 90).....	139
FILIACIÓN. Procedimiento para la filiación. RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V. Irrevocable. Filiación socio afectiva. VICIOS. ERROR. PLAZOS PROCESALES. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Autonomía progresiva. COSA JUZGADA. Efectos de la cosa juzgada. PROCESO. PROCEDIMIENTO SUMARIO. PRUEBA DE PERITOS. Principios generales. Procedimiento Especial en la Acción de Reconocimiento, contestación o desconocimiento de la Filiación. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Prelación de las leyes. Legitimación. Reclamación de estado. COSTAS. Costas al vencido. TApel. De la Niñez y la Adolescencia de la Capital 30/11/2022 (Ac. y Sent. N° 101).....	169



Índice Temático

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 72

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 173

 Prelación de las leyes, 173

CONTRATO, 98, 99, 100

 Contratos bilaterales, 98, 99, 100, 101

 De la Cláusula penal, 99

 De la interpretación del contrato, 97, 98, 99, 100, 101

 Efectos del contrato y su extinción, 101

 Obligación de hacer escritura pública, 98, 99, 100, 101

 Validez, 97

COSA JUZGADA, 172

 Efectos de la cosa juzgada, 172

COSTAS, 145, 174

 Costas al vencido, 174

 Principio objetivo de la derrota, 145

DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO, 118, 119

 Ejercicio abusivo del derecho, 118, 119

DEBERES DE LOS JUECES, 72

ÍNDICE TEMÁTICO

De sus derechos y deberes, 72

DOLO, 119, 121

ERROR, 170

ERROR IN IUDICANDO, 115, 116

ESCRITURA PÚBLICA, 140, 141, 143, 144

 Oponibilidad, 144

 Publicidad, 144

 Valor probatorio de la escritura, 140, 141, 143, 144

FILIACIÓN, 169, 173, 174

 Legitimación, 173

 Procedimiento especial en la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de la filiación, 173

 Procedimiento para la filiación, 169, 173

 Reclamación de estado, 174

IN PROCEDENDO, 115, 116

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, 118, 119, 120, 121, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145

 Responsabilidad objetiva, 139, 141, 142, 143, 144

 Responsabilidad por daños y perjuicios, 140, 143, 144, 145

 Responsabilidad subjetiva, 141, 142

 Teoría del riesgo, 139, 141, 142, 143, 144

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, 171

 Autonomía progresiva, 171

ÍNDICE TEMÁTICO

LEY N° 1.183/1985 “CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO”, 98, 99, 100, 101

LEY N° 1/1992 “DE LA REFORMA PARCIAL DE CÓDIGO CIVIL”, 74, 75

PLAZOS PROCESALES, 170

PRESCRIPCIÓN, 118, 119, 121

Excepción de prescripción, 118, 119, 121

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, 117

(Voto en disidencia), 117

PRINCIPIO DE PLENITUD, 117

PRINCIPIO DE TRANSCENDENCIA, 73

PROCEDIMIENTO SUMARIO, 172

PROCESO, 172

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, 69

Principio de doble instancia, 69

PRUEBA, 120

Carga probatoria, 120

PRUEBA DE PERITOS, 172

Principios generales, 172

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V, 169, 170, 171, 172

Filiación, 169, 170

ÍNDICE TEMÁTICO

Filiación socio afectiva, 170

Irrevocable, 169

RECURSO DE APELACIÓN, 68, 70, 71, 115, 116, 117

Procedencia de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, 68, 70, 71

RECURSO DE NULIDAD, 67, 73, 115, 116, 117

Procedencia del Recurso de nulidad, 67, 73

Recurso de nulidad contra Sentencia definitiva, 73

RESOLUCIÓN DE CONTRATO, 97

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, 120

Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito, 120

SENTENCIA, 115, 116, 117

Vicios de la sentencia, 115, 117

UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO, 74, 75

Características, 74, 75

Efectos, 74, 75



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil

C.S.J. Sala Civil 02/11/2021 “L.A.A.S c/ A.I.B.A. s/ Reconocimiento de Matrimonio Aparente y Disolución y Liquidación de la Comunidad de Gananciales (Ac. y Sent. N° 73).	67
C.S.J. Sala Civil 01/12/2022 “L.M.O.A. c/ L.Y.B.B. s/ Resolución de Contrato (Ac. y Sent. N° 80).	97
C.S.J. Sala Civil 14/12/2022 “F.A.Q. c/ F.N. S.A. S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS” (Ac. y Sent. 83)	115
C.S.J Sala Civil 28/12/2022 “C.B.B.R. c/ D.R.P.A. S/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 90).	139

Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia Capital

TApel. De la Niñez y la Adolescencia de la Capital 30/11/2022 “E.D.A.S. s/ Desconocimiento de Filiación” (Ac. y Sent. N° 101).	169
--	-----



Monografías

“EFECTIVIDAD DE LAS ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL”

*Yngrid Susana Yambay Jacquet*¹

*Diana Verónica Arguello Cañiza*²

Resumen

La protección de las niñas y los niños frente a todas las formas de violencia, y específicamente contra el abuso sexual, es una garantía consagrada en la Constitución de la República del Paraguay y otros instrumentos

¹ Abogada y Notaria Pública. Egresada de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Egresada de la Escuela Judicial. Magister, Especialista y Diplomada en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Postgraduada en Psicología y Psiquiatría forense, en Derecho de familia y del niño, en Derecho Constitucional. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Especialista en Didáctica de la Educación Superior. Diplomada en Argumentación Jurídica, en Interpretación Constitucional, Bioética y Bioderecho y en Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos con énfasis en mediación y conciliación. Docencia Universidad Católica. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Juez de la Niñez y Adolescencia, Poder Judicial, San Lorenzo.

² Abogada y Notaria Pública. Egresada de la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Doctorando de la Promoción I del Programa Doctorado en Desarrollo y Seguridad Estratégica Nacional del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (IAEE). Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay y del Diplomado en Bioética, Bioderecho y Derechos Humanos. Especializaciones en Didáctica de la Educación Superior, en Inteligencia Estratégica, Procedimientos generales y específicos en materia de Niñez y Adolescencia. Posee

normativos, sin embargo, la efectividad de las estrategias de prevención y el abordaje del abuso sexual infantil en la praxis no es visualizada. En el presente trabajo se analiza la problemática, específicamente la verificación de la aplicación de los protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral del abuso sexual infantil por los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque durante el periodo 2017, reconocer las debilidades y en consecuencia proponer estrategias más eficaces y de mejorar la eficiencia de los operadores en la aplicación es el fin para una verdadera atención integral. La investigación parte de la descripción de la Doctrina, principios rectores de Derechos Humanos y de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Se examina el marco legal nacional e internacional de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia vigentes. Luego se profundiza en conceptos varios de términos e instituciones que guardan relación con la investigación. Igualmente se examina el funcionamiento de la atención integral en los Sistemas de Protección y de Administración de Justicia Especializada. El enfoque de la investigación es mixto y de tipo descriptivo. Se observan intervenciones fragmentadas y como sugerencia final se plantea un Modelo de Gestión más eficiente y articulado.

Palabras clave: protección, abuso sexual infantil, protocolos, procedimientos, atención integral.

I. Introducción

El abuso sexual infantil es una de las formas más graves de violencia contra las niñas y los niños y conlleva efectos devastadores en la vida de las víctimas que lo sufren. A pesar de lo reprochable, su práctica, que se ha presentado siempre en la historia de la humanidad, sólo ha empezado a considerarse como un problema que transgrede las normas sociales y jurídicas cuando -por un lado- se ha reconocido su impacto y las consecuencias negativas que apareja en la vida y el desarrollo de las niñas o niños víctimas y -por otro lado- se ha reconocido a la niña y el niño como sujeto de derechos y

varios títulos, represento a Paraguay ante diversas instancias nacionales e Internacionales.

la responsabilidad que tienen la familia, sociedad y Estado de protegerlo integralmente.

La protección de las niñas y los niños frente a todas las formas de violencia, y específicamente contra el abuso, es una garantía consagrada en la Constitución de la República del Paraguay además de un compromiso asumido con la ratificación de la Convención por los Derechos del Niño y de la Niña, a través de la Ley No 57/90 en su artículo 19³.

En el año 2001, con la Ley No 1.680 “Código de la Niñez y la Adolescencia” se produce uno de los cambios normativos más importantes de todo el régimen jurídico nacional internalizando el derecho a la protección en la legislación positiva. Posteriormente en el año 2011, a través de la Ley No 4.295, se establece un procedimiento especial para el tratamiento del maltrato y del abuso sexual infantil en la jurisdicción especializada, constituyéndose en una hoja de ruta de las instituciones competentes a tal fin.

Cualquier forma de violencia sexual contra las niñas y los niños es un problema social que tiene consecuencias en su vida, en su entorno y en todos y cada uno de los contextos en los que se desarrolla. De ahí que los ámbitos para la protección de las niñas y los niños contra este tipo de violencia precisan incluir abordajes de atención que abarquen a la familia y al entorno comunitario, en los ámbitos educativo, sanitario, policial, de programas sociales, así como el judicial. Obviamente, este abordaje debe formar parte del desarrollo de políticas públicas orientadas a su adecuada protección con normativas y protocolos específicos centrados en una correcta intervención de los diversos actores implicados en la atención y cuidado de niñas y niños que resulten víctimas de abuso sexual.

Por lo mencionado, el objetivo general del presente trabajo de investigación es describir de qué forma aplican los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque los protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral del abuso sexual infantil.

³ CDN, artículo 19: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas que deberían comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales que proporcionen la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos y según corresponda, la intervención judicial.

Con la descripción se pretenden desarrollar los siguientes objetivos específicos: identificar los protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral del abuso sexual infantil utilizados por los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque y explicar de qué forma los mismos son aplicados.

A partir de ello, reconocer las debilidades y oportunidades en la aplicación de los diferentes protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral a niñas y niños víctimas de abuso sexual en el Municipio de Luque y en consecuencia; proponer estrategias más eficaces a fin de mejorar la eficiencia de los operadores en la aplicación y brindar una verdadera atención integral a la situación.

II. Marco metodológico

II.1. Tipo de investigación.

El tipo de investigación es descriptivo atendiendo a las técnicas metodológicas utilizadas, lo que permitió contar con un diagnóstico acerca de la forma en que los servicios públicos del Municipio de Luque atienden las situaciones de abuso sexual infantil. Se optó por este tipo de investigación ya que permitió conocer la realidad y desarrollar los primeros pasos para recolectar todos los datos y tener una visión más completa de la problemática y posteriormente abocar la investigación a cuestiones más complejas.

II.2. Estrategia de la investigación.

La estrategia de la investigación consistió primeramente en la búsqueda de instrumentos normativos nacionales e internacionales que reglamentan los procedimientos de atención de las situaciones de abuso sexual infantil, no fue sencillo hallarlos ya que no todos están disponibles en las respectivas páginas oficiales o sitios de internet de las instituciones públicas, además la información se encontró dispersa, por ello se recurrió a diversas fuentes. Con toda la información disponible, se procedió a analizar cada una de ellas a fin de elaborar el instrumento de recolección de datos con el cuestionario correspondiente, el cual se dividió en partes de acuerdo a los objetivos específicos de la investigación. Las preguntas fueron cerradas y abiertas siguiendo un método deductivo, es decir, de premisas o conocimientos generales a lo más específico.

Posteriormente, se procedió a hacer un mapeo de las instituciones a ser visitadas y al efecto se elaboraron notas explicando a cada una de las autoridades de las mismas el motivo de la investigación y solicitando fecha y hora para la realización de las entrevistas a los referentes designados conforme al perfil requerido. En general la respuesta fue favorable, sin embargo para concretar las entrevistas colaboraron las llamadas telefónicas o mensajes vía whatsapp, acciones que hicieron que el tiempo estipulado inicialmente en el cronograma para el trabajo de campo se extendiera notablemente.

Cada sesión de la entrevista implicó una inversión de tiempo de aproximadamente una hora y media por persona, incluyéndose a mujeres y hombres mayores de edad y responsables en áreas específicas donde se pudieran atender situaciones de abuso sexual infantil. En general cada una de las catorce preguntas fueron contestadas, sin embargo, los comentarios al margen eran registrados en un cuaderno destinado a tal fin los cuales fueron igualmente sistematizados. En la mayoría de los casos, las entrevistas fueron hechas de manera personal y confidencial.

Finalmente cabe mencionar que la investigación es no experimental porque no se manipularon categorías. Se basa fundamentalmente en la observación de fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para analizarlos con posterioridad. En este tipo de investigación no hay condiciones ni estímulos a los cuales se expongan los sujetos del estudio. Los sujetos son observados en su ambiente natural.

II.3. Localización y Tiempo del estudio.

El estudio se realizó en el Municipio de Luque - Departamento Central de la República del Paraguay, en el periodo comprendido entre los meses de mayo agosto de 2017. Es el Municipio, conforme a los datos estadísticos del Ministerio Público, con mayor índice de denuncias relacionadas a abuso sexual infantil, además en el Municipio se encuentran instaladas todas las instituciones que pudieran intervenir ante la problemática que se encuentran establecidas en las normativas. Otro factor importante de elección de la localización del estudio fue la cercanía del lugar, ya que las entrevistas fueron marcadas en horario laboral lo cual exigió un tiempo importante en los propios quehaceres. Sin embargo, las ganas de conocer la situa-

MONOGRAFÍA

ción y el compromiso con la niñez y adolescencia a través de la gestión desarrollada en las funciones fueron determinantes en el avance de la investigación.

II.4. Universo, población y muestra.

El Universo de la investigación son las instituciones intervinientes ante situaciones de abuso sexual infantil existentes en el municipio de Luque, responsables de la aplicación de los procedimientos y protocolos establecidos para su atención integral desde el enfoque de derechos.

La población con la cual se trabajó se halla constituida por todas las instituciones referentes a nivel municipal y, la muestra obedeció a un censo primeramente y posterior selección conforme a las autorizaciones emanadas de las máximas autoridades locales del sistema de salud y de educación. En el caso de la Policía se trabajó con referentes de la División Especializada de Atención a Víctimas de Violencia hacia niños, niñas, adolescentes y mujeres ya que las demás comisarías, al tener denuncias relacionadas con situaciones de esta índole, directamente las derivan a la división.

En relación con la oficina de CODENI no hubo mayores inconvenientes ya que es una sola en todo el Municipio. En cuanto a las instituciones que forman parte de la jurisdicción especializada se hicieron las entrevistas a los referentes que demostraron interés. En total se hicieron 31 entrevistas, conforme se puede apreciar en el cuadro a continuación:

Tabla 1. Universo, Población, Muestra

UNI- VERSO	POBLACIÓN	MUESTRA	OBSERVACIONES
Instituciones de Salud	Hospital General Dr. Francisco Javier Duarte Dora Acuña y Herib Campos Cervera.	Hospital General 01 Jefe de Urgencias Pediátricas. 01 Jefa de Enfermería de Emergencias Pediátricas.	Los referentes entrevistados en el Hospital General fueron seleccionados por el Director General de la institución.

YNGRID SUSANA YAMBAY JACQUET
 DIANA VERÓNICA ARGUELLO CAÑIZA

	Unidades de Salud a la Familia - USF Centro de Salud I.P.S.	01 Asesora Jurídica. 01 Jefa del Servicio Social. USF de Ita Anguá 01 Encargada del Servicio.	Está ubicado en una zona muy vulnerable. Esta USF fue referenciada por autoridades del Hospital General.
Instituciones Educativas	137 Instituciones Educativas 67 Instituciones Educativas dependientes de la Supervisión Educativa Zona I de las cuales; 20 están ubicadas en zonas vulnerables.	Instituciones Educativas del Nivel Inicial y Escolar Básico. 19 Directoras y Directores.	La Supervisión Educativa Pedagógica de la Zona I fue la que autorizó la investigación. Del total de Escuelas se seleccionaron las ubicadas en zonas más vulnerables. Un Director se negó a la entrevista.
Instituciones de Seguridad	Comisaría 3. ^a Luque Comisaría 28. ^a (Mora Cué – Luque). Comisaría 29. ^a (Tarumandy – Luque) Comisaría 46. ^a (Isla Bogado Luque)	Comisaría 3.^a Luque. 01 Jefe de División. 01 Sub Jefe de la División.	Donde se encuentra asentada la División Especializada de Atención a Víctimas de Violencia.

MONOGRAFÍA

Instituciones de Protección Social	Consejería por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente – CODENI -.	CODENI 01 Director	
Instituciones judiciales	Juzgado de Niñez y Adolescencia. 3 Turnos. Ministerio de la Defensa Pública, Defensoría de la Niñez y Adolescencia, 2 Turnos. Fiscalía de la Niñez y Adolescencia.	Poder Judicial 02 Jueces de la Niñez y Adolescencia. Ministerio de la Defensa Pública 02 Defensores de Niñez y Adolescencia. Ministerio Público 01 Fiscal de Niñez y Adolescencia	La referente del Ministerio Público se negó a la entrevista.

Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

II.5. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos.

La técnica es la entrevista individual a funcionarias y funcionarios de instituciones que forman parte del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada, previamente identificados conforme a un perfil sugerido a las máximas autoridades de cada una de ellas. Todas las personas entrevistadas tienen un alto grado de responsabilidad en la toma de decisiones que afectan al funcionamiento de las mismas. El instrumento utilizado fue el cuestionario.

II.6. Procedimiento de recolección de datos.

El procedimiento consistió en el llenado del instrumento, cuestionario, de recolección de datos, consistente en una guía de entrevista a operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada de Niñez y Adolescencia conteniendo catorce preguntas cerradas y abiertas las cuales fueron respondidas de forma individual.

Cabe mencionar que donde más dificultades se encontraron fueron en las instituciones que se encuentran bajo la rectoría del Ministerio de Educación y Ciencias y del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social por la burocracia en cuanto a la autorización correspondiente para las entrevistas y el tiempo asignado dentro del horario laboral. Así también, no fue posible realizar la entrevista a la única referente a cargo de la Fiscalía de Niñez y Adolescencia del Municipio de Luque argumentando la misma su falta de empoderamiento por haber accedido al cargo recientemente. En la mayoría de los casos hubo una buena predisposición de los funcionarios para responder a las preguntas.

Una vez obtenida la lista de instituciones y seleccionado los referentes considerados por la muestra se estableció un plan de visita a los mismos. En cada una de las instituciones visitadas, antes de la entrevista, se procedió a explicar al referente designado el motivo de la visita y el objetivo principal de la investigación, una vez culminada, se agradeció la predisposición y el tiempo brindado para la actividad.

II.7. Procedimiento de análisis de los datos

Una vez recolectados los datos, se procedió a la sistematización de los mismos para lo cual se utilizaron tablas y gráficos para una mejor comprensión de los resultados obtenidos.

II.8. Análisis e interpretación de datos

II.8.1. Análisis del relevamiento de datos.

El instrumento de recolección de datos, único para todas las instituciones, consistió en una guía con catorce preguntas las cuales fueron desarrollándose a partir de un método deductivo partiendo de conocimientos más generales a los más particulares. Con cada pregunta se buscó explicar

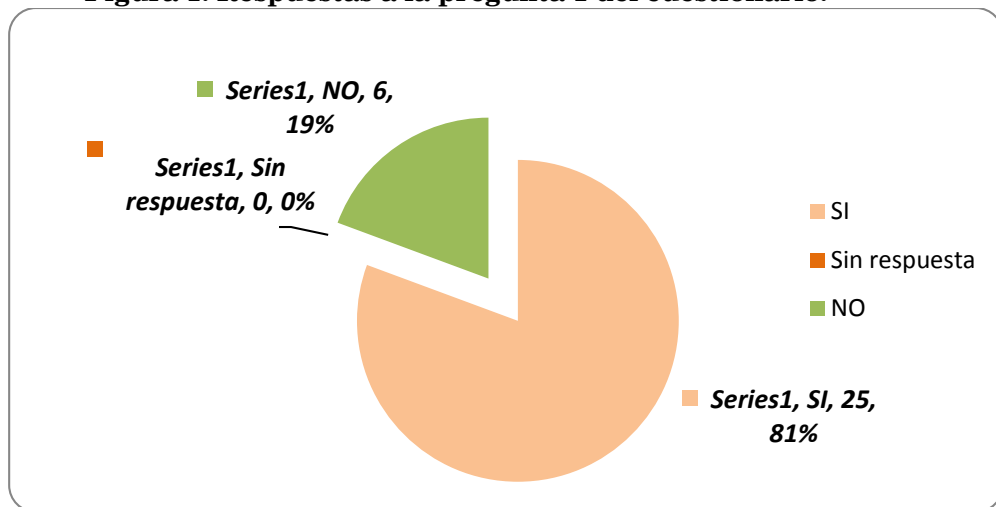
de qué forma aplican los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque los protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral del abuso sexual infantil, reconociendo las debilidades y fortalezas en cuanto a recursos humanos e institucionales.

Las preguntas se dividieron en partes que ayudaron posteriormente a responder los objetivos específicos de la investigación. La mayoría de ellas fueron respondidas. En algunos casos argumentaron desconocimiento.

II.8.2. Interpretación de los datos.

Pregunta 1: ¿Conoce casos de NNA que fueron víctimas de abuso sexual?

Figura 1. Respuestas a la pregunta 1 del cuestionario.

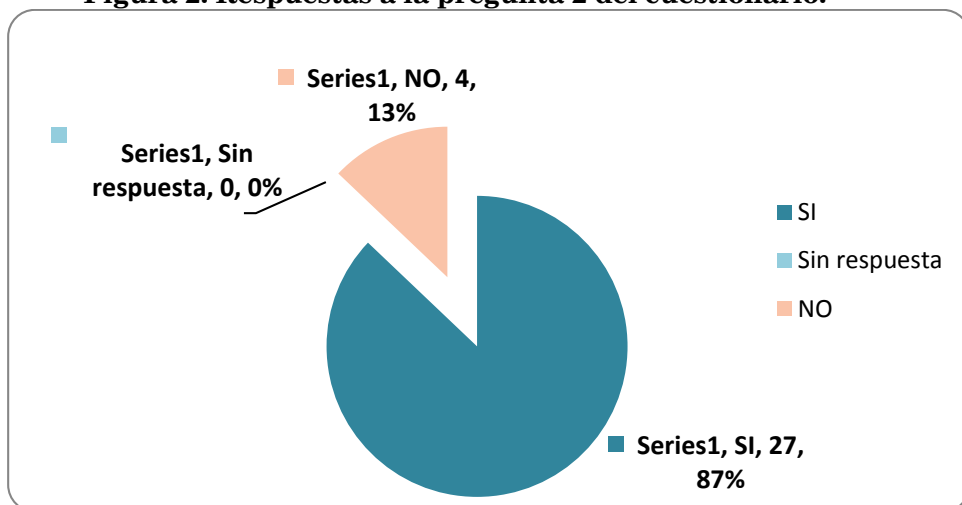


Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

Del total de entrevistados, el 81% manifestó conocer casos de NNA que fueron víctimas de abuso sexual ya sea de manera directa, por haber atendido alguna situación o, indirectamente a través de comentarios de terceros o de las noticias por medios masivos de comunicación, y el 19 % expresó no conocer ninguna situación.

Pregunta 2: ¿Conoce los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral a los NNA víctimas de abuso sexual?

Figura 2. Respuestas a la pregunta 2 del cuestionario.

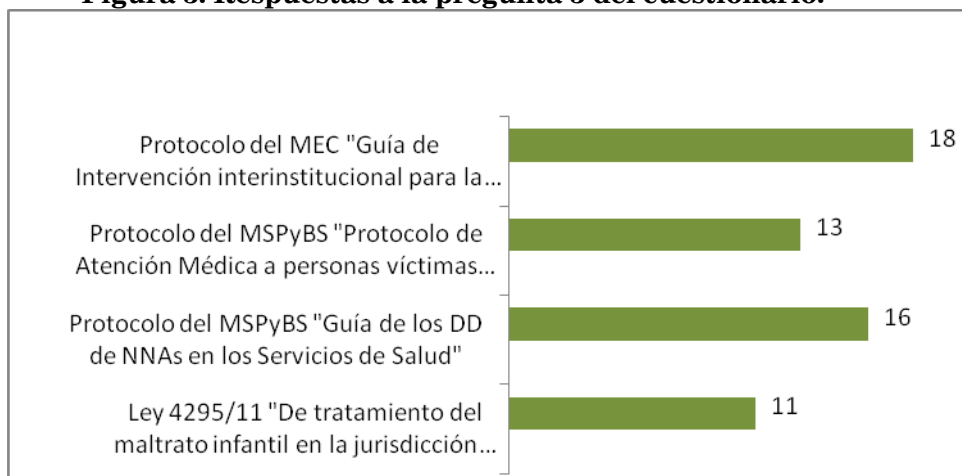


Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

El 87% de los entrevistados conoce los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral a los NN víctimas de abuso sexual y el 13 % no.

Pregunta 3: ¿Cuáles son los procedimientos y protocolos que se utilizan para la atención integral de NNA víctimas de abuso sexual?: Ley 4295/11 “De tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada, Protocolo del MSPyBS “Guía de los DD de NNAs en los Servicios de Salud, Protocolo del MSPyBS “Protocolo de Atención Médica a personas víctimas de violencia sexual, Protocolo del MEC “Guía de Intervención interinstitucional para la atención de casos de vulneración de DD sexuales y reproductivos, Otros.

Figura 3. Respuestas a la pregunta 3 del cuestionario.



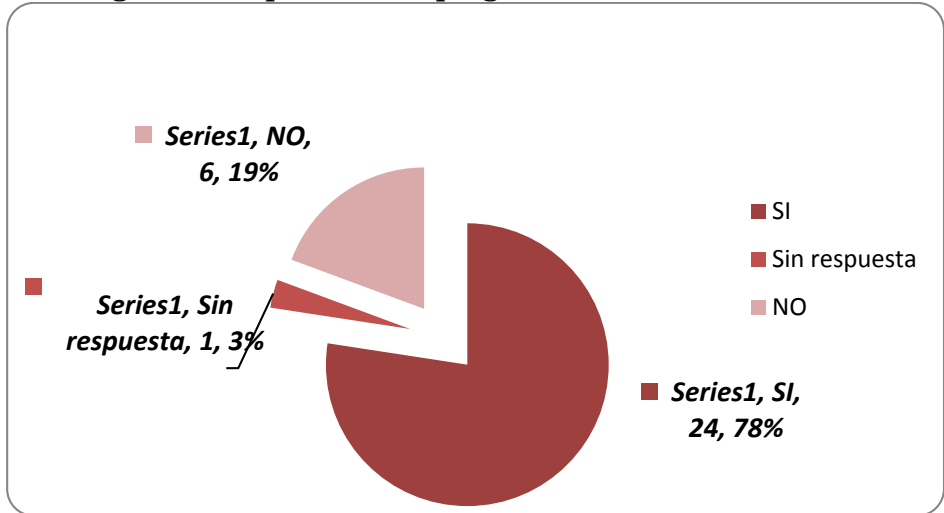
Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia.

En cuanto a los procedimientos y protocolos más conocidos para la atención integral de NN víctimas de abuso sexual manifestaron que son: el Protocolo del MEC “Guía de intervención interinstitucional para la atención de casos de vulneración de derechos sexuales y reproductivos”; el Protocolo del MSP y BS “Guía de los Derechos de NNA en los servicios de salud”: Protocolo del MSP y BS “Protocolo de Atención Médica a personas víctimas de violencia sexual” y la ley No 4.295/11 “De tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada”.

En razón a las variadas respuestas del ítem 4 del cuestionario, no fue posible la elaboración de un gráfico, sin embargo, el análisis de las respuestas de cada una de las instituciones referentes son analizadas en el punto 3.1.

Pregunta 5: ¿Reconoce alguna dificultad para la aplicación de los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral a situaciones de abuso sexual infantil?

Figura 4. Respuestas a la pregunta 5 del cuestionario.



Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

El 78 % de los encuestados manifestaron tener dificultades para la aplicación de los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral de situaciones de abuso sexual infantil, mientras que el 19 % no y un 3 % no respondió la pregunta. Las dificultades más notables serían:

Pregunta 6: Si la respuesta fuera SI, ¿Cuáles serían las dificultades?

Figura 5. Respuestas a la pregunta 6 del cuestionario.

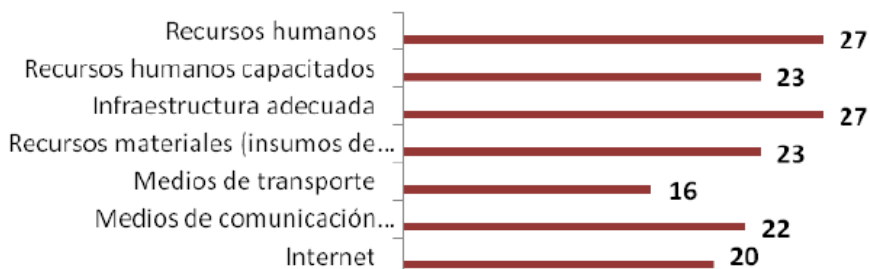


Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

La mayor dificultad que manifestaron los encuestados para la aplicación de los procedimientos y protocolos establecidos para los casos de abuso sexual infantil son: temor a las posibles consecuencias de la denuncia, falta de recursos humanos, falta de compromiso, falta de acompañamiento, falta de conocimiento, falta de apoyo de las autoridades competentes.

Pregunta 7: ¿Con que recursos cuenta en su institución para la aplicación de los procedimientos establecidos para la atención integral a las niñas víctimas de abuso sexual?

Figura N° 6: Respuestas a la pregunta 7 del cuestionario.

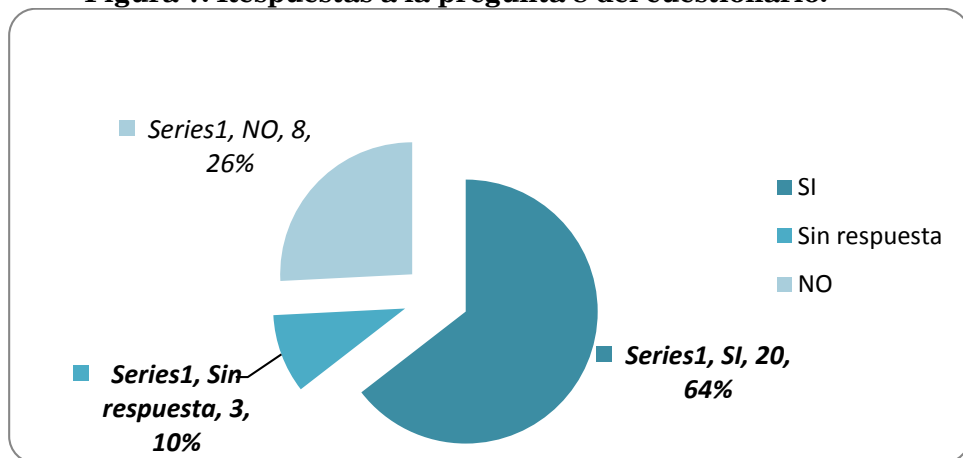


Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

Sin embargo, a la pregunta de con qué recursos cuentan para la atención de estas situaciones manifestaron mayoritariamente con recursos humanos, lo cual denota que si bien cuentan con los funcionarios, es necesario la dotación de mayor cantidad, infraestructura adecuada, lo cual es interesante porque garantiza desde ese nivel la confidencialidad de las actuaciones y facilita la contención, recursos humanos capacitados para la conformación de los equipos técnicos multidisciplinarios, medios de comunicación ligado a disponibilidad de internet y medios de transporte.

Pregunta 8: ¿En su experiencia, se cumplen los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral a nnas víctimas de abuso sexual?

Figura 7. Respuestas a la pregunta 8 del cuestionario.

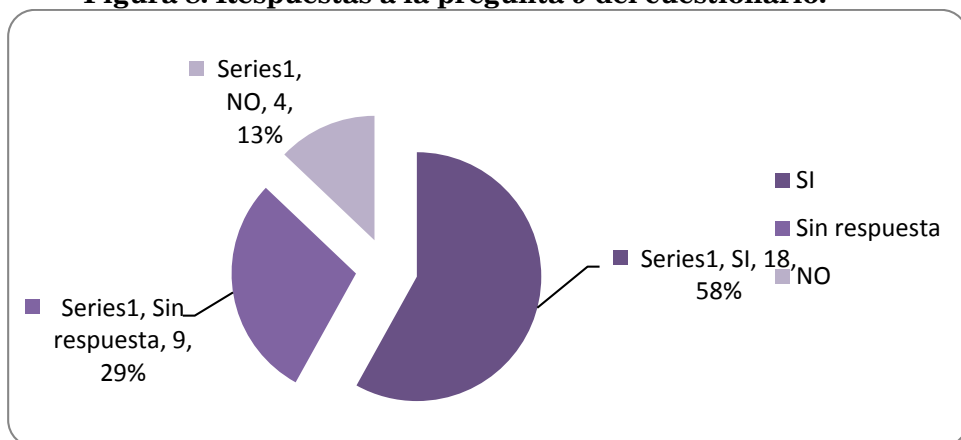


Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia.

Desde la percepción y conocimiento de los entrevistados, el 64 % manifestó que sí se cumplen los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral a NN víctimas de abuso mientras que el 26 % expresó que no y el 10 % no respondió a la pregunta.

Pregunta 9: Objetivamente, Cree que los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral de nnas víctimas de abuso sexual, son eficaces?

Figura 8. Respuestas a la pregunta 9 del cuestionario.

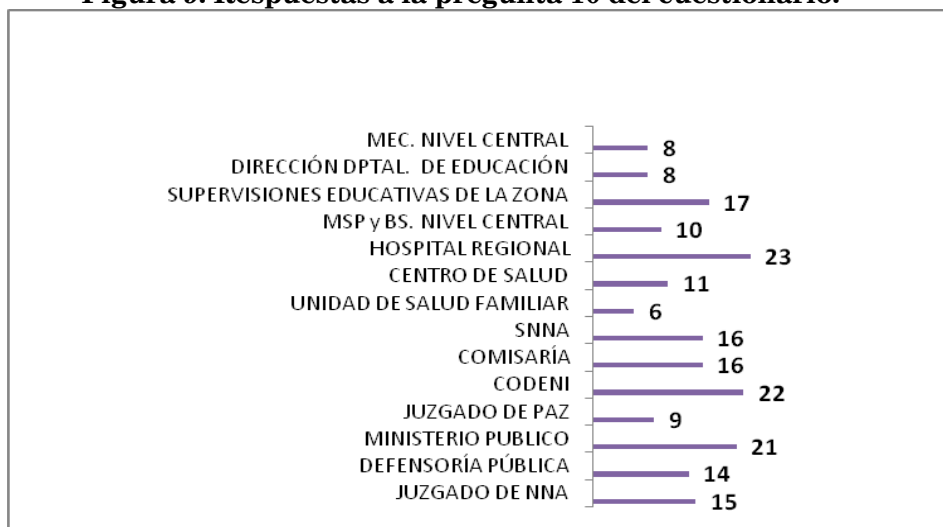


Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia

Conforme a la experiencia de los entrevistados, el 58 % manifestó que sí se cumplen los procedimientos y protocolos establecidos para la atención integral de NN víctimas de abuso sexual, representando poco más de la mitad de la muestra lo cual es una alerta de la percepción que se tiene sobre la eficacia de los instrumentos normativos, el 29 % sin respuesta que representa a un importante porcentaje de personas que no quisieron admitir categóricamente sí o no y el 13 % respondió negativamente.

Pregunta 10: ¿Cuáles son las instituciones con las que trabaja éste tipo de situaciones?

Figura 9. Respuestas a la pregunta 10 del cuestionario.



Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia.

Del total de los 31 entrevistados, 23 manifestaron que trabajan o trabajarían situaciones de abuso sexual infantil en primer lugar con el Hospital Regional lo cual es muy pertinente ya que es de alta prioridad que el niño o la niña víctima pueda ser atendido/a en algún puesto de salud dentro de las 72 horas de ocurrido el hecho para el suministro de medicación preventiva de enfermedades de transmisión sexual, VIH o embarazo.

Posteriormente 22 visibilizaron a la CODENI como una instancia de atención, esto es alarmante ya que la Ley No 4295/11, establece que las instancias para presentar una comunicación o denuncia son, en primer lugar la Fiscalía y la Defensoría de Niñez y Adolescencia y ante la ausencia o dificultad para llegar hasta las mismas, el Juzgado de Paz, la CODENI y Policía Nacional. Es fundamental capacitar a los referentes acerca de la ruta planteada por esta ley a fin de evitar dilaciones al procedimiento y la revictimización o bien la frustración misma por plantear que la CODENI “no hace su trabajo” cuando que en realidad en Luque hay oficinas tanto de la Fiscalía como de la Defensoría y la CODENI, en vez de trabajar en el eje de protección, sobre todo en Luque, debería colaborar con el SNPPI en el eje de prevención y promoción de derechos.

MONOGRAFÍA

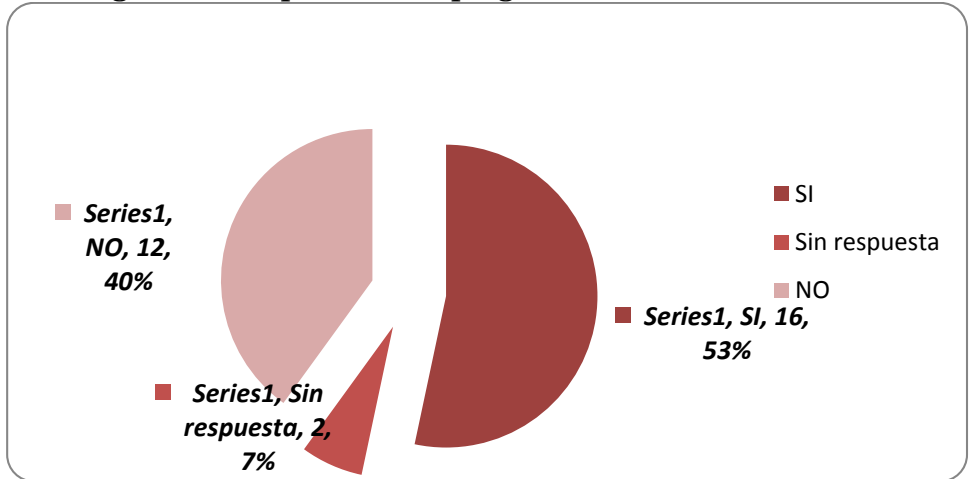
En tercer lugar 21 trabajan con el Ministerio Público en su rol dentro del ámbito de la persecución penal más que de protección a la niñez. Ello es importante pero habría que insistir en las capacitaciones que no es suficiente con hacer la denuncia o la comunicación a la Fiscalía Penal sino también a la Jurisdicción Especializada o bien insistir en que los Fiscales Penales remitan inmediatamente las compulsas al Juzgado de Niñez y Adolescencia.

Con las Supervisiones Educativas de la zona trabajan 17 entrevistados, la mayoría del sector educación, ello condice con su protocolo en cuanto a la remisión de información que deben hacer a esta instancia donde se sugiere un trámite menos burocrático, más efectivo y sobre todo preservando la confidencialidad de las actuaciones. Con la SNNA a través del 147 Fonoyayuda para orientaciones o derivaciones 16 referentes, de igual manera con la Comisaría aunque no visibilizan la importancia de tener una División Especializada en la ciudad, instancia con que no todos los municipios cuentan.

De los 31 entrevistados, 15 trabajan con el Juzgado de Niñez y Adolescencia, sobre todo las instancias como CODENI y Defensoría y de manera consultiva educación, salud y la División Especializada, 14 con la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y es alarmante ya que menos del 50 % de los entrevistados visibilizó a esta instancia primordial en cuanto a la denuncia lo cual sugiere la necesidad de mayor difusión sobre el servicio, con el Centro de Salud en menor medida ya que al existir el Hospital General en Luque, un centro asistencial de mayor complejidad, acuden hasta allí directamente, con el MSP y BS nivel central, Juzgado de Paz, MEC nivel central, Dirección Departamental de Educación, acuden para orientaciones o capacitaciones, con las USF trabajan en último lugar en el eje protección, se sugiere generar una red de trabajo en el eje promoción con este servicio de salud más próximo a la comunidad.

Pregunta 11: Recibe algún tipo de apoyo para la mejor atención de éstas situaciones?

Figura 10. Respuestas a la pregunta 11 del cuestionario.



Fuente: Registros del trabajo de campo. Elaboración Propia.

Si bien el 53 % manifestó tener apoyo para la atención de situaciones de abuso sexual infantil, el 40 % expresó no tenerlo y es un porcentaje muy alto que debería llamar la atención de los niveles centrales y departamentales de las instituciones referentes denotando la necesidad urgente de un fortalecimiento a la gestión de los actores.

II.8.3. Verificación de la hipótesis.

La hipótesis ha sido verificada. Si bien existen protocolos y procedimientos para la atención del abuso sexual infantil en cada una de las instituciones referidas en la investigación, no son suficientes ya que la aplicación no es integral y esto se comprueba por la disparidad en cuanto a las formas de aplicación de los instrumentos, el desconocimiento de los roles y competencias de las demás instancias que deben intervenir para que el abordaje y la protección al niño y la desarticulación, que en caso contrario, podría colaborar para una mayor eficiencia al optimizar los recursos disponibles.

IV. Conclusiones

Los objetivos de la presente investigación han sido logrados. Fueron meses de arduo trabajo con lo que se pretendió dar un aporte significativo a la academia y al ámbito del derecho en relación a una problemática sensible y desgarradora.

En cuanto al objetivo general de la investigación que consiste en describir las formas que aplican los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque los protocolos y procedimientos establecidos para la atención del abuso sexual infantil, en el trabajo de tesis, desde las informaciones recabadas para el marco teórico referencial como ser la doctrina, principios rectores, marco legal nacional e internacional, conceptos generales sobre violencia y sus tipologías, al análisis de cómo actualmente se realizan las atenciones en el Sistema Nacional de Protección, en los Servicios de Salud, en Educación y en el Sistema de Administración de Justicia Especializada además de la búsqueda de antecedentes en cuanto a políticas públicas, investigaciones y datos estadísticos relacionados al abuso sexual hacia niñas y niños, permitieron complementarlas y presentar con mucha claridad el problema de investigación y su contextualización.

Seguidamente, el trabajo de campo permitió recabar información muy valiosa de los operadores y sus actuaciones que fueron sistematizadas y analizadas, verificándose plenamente la hipótesis: Si bien existen protocolos y procedimientos para la atención del abuso sexual infantil en cada una de las instituciones referidas en la investigación, no son suficientes ya que la aplicación no es integral y carece de eficiencia. A partir de esta confirmación, se han elaborado sugerencias y recomendaciones tendientes a mejorar las actuaciones.

En cuanto al cumplimiento de los objetivos específicos de la investigación, se concluye que:

- ¿Fue posible identificar los protocolos y procedimientos establecidos para la atención del abuso sexual infantil utilizados por los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio del Luque?

Sí fue posible. En el marco teórico referencial se han identificado cada una de las leyes y resoluciones que aprueban dichos procedimientos y protocolos y que son de uso obligatorio para todos los servidores públicos y específicamente los que cumplen funciones en Luque, a través de la búsqueda

exhaustiva y revisión de la bibliografía existente, utilizando diferentes fuentes y analizando las mismas. En tal sentido, si bien Paraguay ha avanzado positivamente al brindar estas herramientas jurídicas a los funcionarios, algunas de ellas necesitan ser revisadas y ajustadas.

- En la investigación, ¿Se explica la forma que aplican los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque los protocolos y procedimientos establecidos para la atención del abuso sexual infantil?

Sí se explica. A través del análisis del trabajo de campo y las entrevistas realizadas a los 31 referentes de las seis instituciones investigadas y que pudieran tener intervención ante éstas situaciones. En Educación, Directores, Vice Directores, Coordinadores Pedagógicos y Educadores. Igualmente funcionarios del Hospital General de Luque; desde el Jefe de Urgencias Pediátricas, pasando por la Jefa de Enfermería, Jefa del Servicio Social y Asesora Jurídica a la encargada de la USF de Itá Anguá el nivel más territorial de todo el Sistema de Salud. Y finalmente, las instancias receptoras de denuncias; CODENI, Policía Nacional a través de su División Especializada a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres víctimas de violencia, Defensoría de la Niñez y Adolescencia y Juzgado de Niñez y Adolescencia, con excepción de la única representante de la Fiscalía de Niñez y Adolescencia del Municipio quien se negó a la entrevista. En general, la forma que aplican es bastante diferente aún entre funcionarios de una misma Institución.

- ¿Fue posible reconocer las debilidades y oportunidades en la aplicación de los diferentes protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral a niñas y niños víctimas de abuso sexual en el Municipio de Luque?

En total fueron investigadas las intervenciones de estas seis instituciones supra mencionadas a la luz de lo establecido en las normativas vigentes y las respuestas de los referentes, sumando treinta y un entrevistas, por medio de las cuales se han reconocido las oportunidades y debilidades existentes a través de la interpretación de los datos concluyendo en las más significativas.

En el caso de Educación, la mayoría manifestó conocer situaciones de abuso sexual infantil, es decir, cuenta con la experiencia de atención a la situación, sin embargo, algunos encargados de las Instituciones Educativas desconocían los instrumentos normativos y procedimientos alegando la falta de capacitación. Si bien la mayoría conoce el Protocolo del MEC, no todos

MONOGRAFÍA

los entrevistados, lo cual es una debilidad considerando que este instrumento es de aplicación obligatoria. En cuanto a los demás referentes entrevistados, operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada manifestaron sí conocer casos.

Si bien en Salud manifestaron conocer sus Protocolos, la enfermera del servicio a la consulta realizada manifestó desconocimiento de todos los instrumentos normativos mencionados. El encargado de CODENI sólo conoce la Ley 4295/11 y el referente de la División Especializada de Atención a Víctimas de Violencia de la Policía Nacional manifestó sólo conocer un protocolo del Ministerio de la Mujer, desconociendo lo establecido en la Ley 4.295/11 fundamental para el ejercicio de su función, definitivamente la mirada de la Policía está más centrada en las mujeres víctimas de violencia que en los NNA. Una ventaja es que funciona las 24 horas.

Las Juezas de la Niñez y Adolescencia entrevistadas conocen la Ley No 4.295 y sólo una manifestó conocer los Protocolos del MSP y BS y del MEC. De igual manera las Defensoras Públicas que expresaron ambas conocer la ley y la Guía de Derechos del MSP y BS y una de ellas el Protocolo del MEC y el Protocolo de Atención en los Servicios de Salud.

En cuanto a los procedimientos aplicados, si bien hay bastante confusión y ninguno de los entrevistados coincidió al 100 % en el camino a seguir, la mayoría visibilizó la importancia de realizar en primer lugar prevención lo cual resulta natural para el ámbito educativo, además la mayoría coincidió también en la importancia de la derivación y el seguimiento.

Referentes de los servicios de salud respondieron de diferentes maneras solo coincidiendo dos de ellos con que, en primer lugar es importante trabajar la prevención y en segundo lugar la detección. A partir de este punto las respuestas son variadas.

De todo lo analizado se colige que existen diferentes maneras de proceder de acuerdo al rol que cada uno de ellos desempeña dentro del servicio de salud, sin embargo es importante que exista unidad de criterios en cuanto a aspectos básicos de la atención sujetos a sus protocolos aprobados, se nota confusión y falta de articulación interna. Por otro lado, en cuanto a la derivación, todos visibilizaron al Ministerio Público, no así a la Defensoría Pública como la instancia de referencia conforme a la Ley No 4.295 para activar el procedimiento especial en la jurisdicción especializada. Otra debilidad detectada en este nivel de intervención es la desarticulación con el

equipo forense y específicamente con el médico forense del Ministerio Público para la toma de muestra o autorización al médico para realizarla en caso de ser necesario y de que no exista algún responsable para firmar el consentimiento informado. Este mecanismo se debería ajustar y establecer mayor claridad entre las instituciones.

Otro aspecto que llama la atención es el posicionamiento de la CODENI como instancia de protección, no así la Defensoría Pública de Niñez y Adolescencia atendiendo al alcance de la Ley No 4.295 y su existencia en el municipio de Luque, lo cual se condice con el hecho de que la CODENI no hace el trabajo que le corresponde a esa instancia cual es trabajar en la prevención a través de la implementación de programas de atención directa aprobados por el Consejo Municipal de Niñez y Adolescencia o la articulación de acciones con esta instancia y otras para la promoción de los derechos de NNA.

Sobre las intervenciones de las instituciones de la Jurisdicción Especializada entrevistadas, Juzgados y Defensorías, en general, debido a las variadas formas de responder, denota la falta de unidad de criterios, incluso, entre referentes de las mismas instituciones. También llama la atención que ninguna de las entrevistadas mencionó trabajar con la Fiscalía de Niñez y Adolescencia, la cual es referenciada en la Ley No 4.295/11. Entonces la pregunta es, ¿cuál es el rol de las Fiscalías de Niñez y Adolescencia para las situaciones de abuso sexual infantil?

La mayoría de los entrevistados manifestó tener dificultades para la aplicación de las normativas, el temor a las posibles consecuencias de la denuncia fue la más reconocida, así como la falta de recursos humanos, compromiso, acompañamiento, entre otros.

Pero también se vislumbraron oportunidades. Todos los entrevistados son profesionales, es decir cuentan con títulos universitarios en las carreras de Ciencias de la Educación, Ciencias Médicas, Psicología y Derecho. Del total de los 31 entrevistados, 23 manifestaron que trabajan o trabajarían situaciones de abuso sexual infantil en primer lugar con el Hospital Regional lo cual es muy pertinente ya que es de alta prioridad que el niño o la niña víctima pueda ser atendido/a en algún puesto de salud dentro de las 72 horas de ocurrido el hecho para el suministro de medicación preventiva de enfermedades de transmisión sexual, VIH o embarazo.

MONOGRAFÍA

Poco más de la mitad manifestó que se cumplen las normativas expresando que son importantes ya que en cierta manera garantizan las actuaciones, además de contar con apoyo para la atención de situaciones. Resulta alentador pero definitivamente se debe mejorar.

Finalmente el 100 % manifestó que es necesario mejorar la atención a niñas y niños víctimas de abuso sexual. Las intervenciones son muy fragmentadas, sólo conocen lo que les corresponde directamente aplicar en cuanto a sus funciones y no hay involucramiento e interés de conocer cómo intervienen las demás instituciones responsables del abordaje existiendo confusión de los operadores en cuanto al alcance de las acciones que les competen, por tanto, la atención a un niño víctima de abuso no es integral y carece de eficiencia.

- En la investigación. ¿Se propone estrategias más eficaces a fin de mejorar la eficiencia de los operadores del Sistema de Protección y de la Jurisdicción Especializada del Municipio de Luque en la aplicación de los protocolos y procedimientos establecidos para la atención integral del abuso sexual infantil?

Sí se proponen. Claramente en tres aspectos: fortalecimiento institucional, necesario para mejorar la calidad del servicio y la gestión de los funcionarios; ajuste a los procedimientos y protocolos de intervenciones para una atención integral y más eficiente y; reforzar las intervenciones en el ámbito de prevención y promoción de derechos. Además, en información que se anexa, se propone una Ruta Interinstitucional para la atención integral del abuso sexual hacia niñas y niños que se espera, sea de utilidad para los tomadores de decisiones y actores que quieran cambiar la realidad por la que hoy atraviesan miles de niñas y niños en Paraguay.

V. Bibliografía

- Ávila, M. (26 de Mayo de 2018). Obtenido de www.saij.jus.gov.ar
- BECA, & UNICEF. (2010). *Estudio sobre maltrato infantil en el ámbito familiar*. Asunción: Artes gráficas Zamphiropolos.
- Bringiotti, M. (1999). *Maltrato Infantil, Factores de riesgo para el maltrato físico en la población infantil*. Madrid: Mino y Dávila.
- Calamandrei (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Sentis Melendo.

Capdevila, R. (2010). *Sistematización del Servicio de Atención Telefónica de niños, niñas y adolescentes en situación de maltrato*. Asunción: CDIA OBSERVA.

Corsi, J. (s.f.). *La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo*. Obtenido de <http://www.corsi.com.ar/articulos.htm>

Corsi, J. (s.f.). *La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo*. Obtenido de <http://www.corsi.com.ar/articulos.htm>

Echeburua, E., & P, d. (2006). *Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia*.

Gómez, S. (2013). Abuso Sexual en Niños. *Gastrohnup*, 14-20.

Grosman, C. (1992). *Maltrato al menor. Al lado oculto de la escena familiar*. Buenos Aires: Universidad.

Grosman, C., & Maesterman, S. (2004). *Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar*. Buenos Aires: Universidad.

Hidalgo, V. f. (s.f.). *Síntesis*. Obtenido de http://mujer.hidalgo.gob.mx/violencia/index.php?option=com_content&task=view&id=55

Houdin, C., Benítez, N., & Meza, Ortega, N. (2008). *Manual para el abordaje del maltrato hacia una desde la perspectiva de los derechos*. Asunción.

Inés, B. M. (2002). *Violencia Familiar y maltrato infantil goy en la argentina. Violencia familiar*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Infantil, M. (14 de 03 de 2012). *Unitec Campus Sur. Tecnología Educativa*. Obtenido de <http://maltrato-infantil-unitec.blogspot.com/2012/03/maltrato-por-abandono-yo-negligencia.html>

Lamberti, S. (2006). *Compilaciones. Maltrato Infantil. Riesgo del compromiso profesional*. Buenos Aires: Universidad.

Lamberti, S. (2006). *Maltrato Infantil. Riesgos del comportamiento profesional*. Buenos Aires: Universidad.

Lamberti, S. (2008). *Violencia Familiar. Sistemas Jurídicos*. Buenos Aires: Universidad.

Lamberti, S., & Sanchez, A. (s.f). *Graciela Medina*. Obtenido de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/libro/indice/i-vision-jurisprudencial-de-la-violencia-familiar>.

Lamberti, S., & Viar, J. (2008). *Violencia Familiar Sistemas Jurídicos*. Buenos Aires: Universidad.

MONOGRAFÍA

México, U. N. (2013). *Biblioteca Jurídica*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Ministerio de la Mujer. (2016). *Violencia contra las Mujeres en Paraguay: Avances y desafíos*. Asunción.

Moltaban, M. (1998). Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas). *Jueces para la democracia*, 68-69.

Oficial, G. (2000). *Ley Nro. 1562*. Asunción.

Oficial, G. (2001). *Ley Nro. 1680 Código de la niñez y la adolescencia*. Asunción.

Onostre Guerra, R. (2000). Abuso sexual en niñas y niños. Consideraciones clínicas. *Revista Chilena Pediatría*.

Orjueka López, L., & Rodríguez, V. (2012). *Violencia sexual contra los niños y las niñas- Abuso y explotación sexual infantil. Guía de material básico para la formación de profesionales*. España: Save the children.

Oscar, M. (2000). *Síntesis forense 89*. San Isidro: Universidad.

Ossorio, M. (1974). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Eliasta.

Pérez, A. (1986). *El maltrato y la violencia infanto juvenil*. UNICEF.

Pinheiro, P. (2006). *Marco de Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre violencia contra niños, niñas y adolescentes*. UNICEF.

Rivarola, G., & Rosa, C. (2002). *Manual contra la violencia doméstica. Explicación y Ampliación*. Paraguay.

Roa, A., & Renhfeldt, M. (1998). *Manual para la intervención en casos de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes*. Asunción: BECA-BICE.

Rocío, V. (s.f). Garantías Constitucionales y protección de los derechos de la mujer. *Revista de la Defensoría del Pueblo*.

Rozanski, C. (2003). *Abuso Sexual Infantil” ¿Denunciar o Silenciar?* Buenos Aires: Grupo Zeta.

Salud, O. R. (2003). Organización Panamericana de la Salud. *Informe Mundial sobre la violencia y la salud*. Washington DC, EE.UU.

Watzlawik (1973). *Teoría de la comunicación humana*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo.

Yambay, G., & Rosa, B. (2017). *MANUAL SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA*. Asunción: Intercontinental.

República del Paraguay. 1992. Constitución de la República del Paraguay.

YNGRID SUSANA YAMBAY JACQUET
DIANA VERÓNICA ARGUELLO CAÑIZA

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley Nro. 1562, Gaceta Oficial. Asunción. Paraguay. Orgánica del Ministerio Público. Orgánica del Ministerio de la Defensa Publica. Año 2000.

República del Paraguay. Poder Legislativo Ley Nro. 1680 Gaceta Oficial, Asunción. Paraguay. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Año 2001.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley Nro. 4423. Gaceta Oficial, Asunción. Paraguay. ORGÁNICA DE LA DEFENSA PÚBLICA. Año 2011.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley Nro. 1.337. Gaceta Oficial, Asunción. Paraguay. CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Año 1988.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley Nro. 879. Gaceta Oficial, Asunción. Paraguay. CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL. Año 1981.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley 1.680/2001 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

República del Paraguay. Poder Legislativo. LEY NRO. 3685. Código Penal que modifica el artículo 229 de la Ley 462812. GACETA OFICIAL.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley No 4295, Gaceta Oficial, Asunción, Paraguay, Que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada, 4 de Mayo de 2011.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley No 1.160, Gaceta Oficial, Asunción, Paraguay, Código Penal Paraguayo, 21 de Agosto de 1997.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley No 1680, Gaceta Oficial, Asunción, Paraguay, Código de la Niñez y la Adolescencia, 30 de Mayo de 2001.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley No 3.440, Gaceta Oficial, Asunción, Paraguay, Que modifica varias disposiciones del Código Penal, 16 de Julio de 2008.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley No 57, Gaceta Oficial, Asunción, Paraguay, Que ratifica la Convención de la Naciones Unidas por los Derechos del Niño, 20 de setiembre de 1990.

República del Paraguay. Poder Legislativo. Ley No 5.749, Gaceta Oficial, Asunción, Paraguay, Que establece la Carta Orgánica del Ministerio de Educación y Ciencias, 24 de enero de 2017.

MONOGRAFÍA

Resolución del Ministerio de Educación y Cultura No 5.731 de fecha 23 de marzo de 2015 *“Por la cual se aprueba la Guía de Intervención Interinstitucional para la Atención de Casos de Vulneración de Derechos Sexuales y Reproductivos en el ámbito educativo”*.

Resolución del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social No 544 de fecha 31 de mayo de 2013 *“Por la cual se aprueba el documento denominado “violencia intrafamiliar y de género, manual de atención integral a víctimas de en el sistema de salud y se dispone la implementación de normas, directrices e instrumentos que la conforman”*.

Resolución del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social N° 1015 de fecha 22 de setiembre de 2011 *“Por la cual se amplía la Resolución del equipo técnico multidisciplinario para la prevención y la atención integral a mujeres, niños, niñas y adolescentes en situación del maltrato, dependientes de la Dirección de Salud Integral de la Niñez y la Adolescencia y la Dirección de Salud Mental, en el marco de los compromisos asumidos por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social”*.

Resolución del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social N° 242 de fecha 13 de noviembre de 2013 *“Por la cual se dispone que los asesores jurídicos de cada servicio de salud presten asistencia jurídica a los profesionales de salud en la atención de casos de violencia familiar y doméstica, maltrato y abuso sexual y acompañaran a los mismos a las audiencias testificales”*.

Roa, Angélica, Renhfeldt, Margarita. *Manual para la intervención en casos de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes*. Asunción: BECA – BICE, 1998.



¿EL DERECHO A LA IDENTIDAD ESTÁ SITUADO POR ENCIMA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO?

El control de Convencionalidad

Análisis del derecho a la identidad, conforme a las disposiciones normativas que rigen la materia en lo referente a las acciones de filiación sobre la perspectiva otorgada por la casuística – nacional e internacional – y sus fallos judiciales con base en el interés superior del niño.

María José Seijo Ayala ⁽¹⁾

Es sabido que tanto el derecho a la identidad como el interés superior del niño conforman – per sé – temas gravitantes para el derecho de familia y han sido analizados desde diversas aristas por la doctrina y la legislación.

En esta ocasión – y partiendo, al mismo tiempo, de la premisa de que este trabajo es apenas un esbozo de tan compleja cuestión – se abordará el tema desde la perspectiva de los precedentes judiciales que lo consideran desde puntos de vista diametralmente opuestos y que suscitan interés dada la riqueza de sus fundamentos contrastándolo con las disposiciones del ordenamiento jurídico interno paraguayo que se encuentran vigentes a la fecha.

¹ Abogada y Notaria por la Universidad Nacional de Asunción. Masterando en Derecho de Familia Niñez y Adolescencia por la Universidad Iberoamericana. Especialista en Didáctica de la Educación Superior por el Rectorado de la U.N.A. Diplomada en Mediación de Conflictos por el ISEHF y Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia por la Escuela Judicial del Paraguay y el Instituto René Cassin.

ÑEMOMBYKY

Ko tembiapope ñanemoaranduta pe ojeherova derecho a la identidad ha interés superior del niño rehe ha jahechata mba'eichapa umi karai juez ohesa'ýijo ko'ava mba'e. ⁽²⁾

PALABRAS CLAVE

Derecho a la Identidad – Filiación – Identidad Biológica – Identidad Socioafectiva – Construcción de la identidad – Teorías sobre la determinación de la identidad – Interés Superior del Niño – Control de convencionalidad.

1

INTRODUCCIÓN

Si tomamos la definición de la RAE ⁽³⁾ tenemos que la palabra identidad tiene diferentes acepciones entre ellas las que la conciben como “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” y “la consciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”, por lo tanto, el derecho para tutelarla debe garantizar a cada persona un espacio de libertad para el desarrollo de su personalidad en armonía con el interés social.

Es pues un proceso indemostrable de forma objetiva en el cual le corresponde a cada persona ser consciente de esta posibilidad que le permite – a cada uno – constituirse en un ser único.

En este hilo de ideas se sitúa la opinión de Carlos Fernández Sessarego ⁽⁴⁾ cuando dice: “La IDENTIDAD es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”.

² Voz en guaraní [significado] Resumen: en este trabajo estudiaremos sobre lo que se denomina derecho a la identidad y el interés superior del niño y veremos cómo estos temas son analizados por los jueces.

³ Real Academia Española. Diccionario [en línea] <https://dle.rae.es/>

⁴ Fernández Sessarego, Carlos. “Derecho a la identidad personal” p. 5 y sgtes.

Por otro lado, el interés superior del niño, se muestra como principio de interpretación y aplicación de la ley el cual es de obligatorio cumplimiento por la familia, la sociedad y el Estado en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, y que - a su vez - está dirigido a asegurar la formación integral de los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Son las acciones de filiación – ya sea de emplazamiento o desplazamiento filial – las que hacen que ambos conceptos converjan considerando principalmente las consecuencias y efectos que la admisión de las mismas trae consigo.

Es acertado acotar - en coincidencia con las palabras de la Dra. María Eugenia Giménez de Allen ⁽⁵⁾ - que existe una enorme diferencia en las acciones de emplazamiento (reconocimiento) y las de desplazamiento (impugnación o desconocimiento de filiación), pues mientras las primeras le otorgan al niño un sinnúmero de derechos como el nombre, alimentos, familia, derechos sucesorios y otros, las segundas implican la extinción de los derechos de los cuales ya gozaba un niño/a.

2

LA CUESTIÓN VISTA DESDE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

En esta oportunidad, para el estudio del tema que convoca, se trae a consideración el fallo Nro. 009 del 11 de febrero del 2020 dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial del Dpto. Central del Paraguay, en el cual se estudia en grado de apelación un Auto interlocutorio (A.I.), específicamente, el identificado como Nro. 271 de fecha 28 de mayo del 2019 recaído en el expediente “S.R.R.B. s/ *Impugnación de Filiación*” por el cual se resuelve:

⁵ Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Central. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Ntra. Señora de la Asunción”. Jueza Enlace por la República del Paraguay para la aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles sobre Sustracción Internacional de Menores, designada por Resolución de la C.S.J. N° 807 de fecha 25 de mayo de 2011.

“NO HACER LUGAR a la excepción opuesta por los demandados”, quienes se basan en los siguientes hechos:

Se debate la filiación de la niña S.R.R.B., quien es nacida en la unión matrimonial de los codemandados en tal sentido S.R.R.B. concibe como su padre al Sr. R. y, sobre esta base, se encuentra desarrollando su primera infancia.

Al respecto, en su demanda, el Sr. G. manifiesta que ha mantenido una relación sentimental con la – ahora – demandada Sra. R. y que fruto de dicha relación ha nacido la niña de quien no tiene dudas es su hija biológica. En sustento de dichas versiones atrae al proceso en calidad probatoria fotos y mensajes de texto que – bajo su punto de vista – dan cuenta de la veracidad de sus afirmaciones y solicita sea investigado si posee o no el referido vínculo filial con la niña.

En etapa de la contestación los codemandados al tiempo de afirmar que dichos elementos son trucados, y que la relación que aduce el demandado no existió, interponen la excepción de falta de acción como de previo y especial pronunciamiento, con el argumento establecido por el art. 237 del Código Civil Paraguay que textualmente expresa: *“Mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio. Si el marido fuere declarado interdicto, la acción de desconocimiento no podrá ser ejercida por su curador sino con autorización del juez, con audiencia del Ministerio Fiscal de Menores (...)”*.

Argumentan con esto que, no corresponde la impugnación deducida, pues no es posible que un tercero que simplemente cree tener derechos pueda declararse como padre y con ello – entre otras cosas – desestabilizar las relaciones familiares en las que S.R.R.B. está desenvolviéndose; y que, si fuera procedente, en expresa aplicación literal de la ley para dicha impugnación solo tiene legitimación el Sr. R.

Cuestión que es resuelta por el A.I. de Primera Instancia, que ahora es apelado, y concluye que las partes afectadas (tanto demandante como los codemandados) solicitan al Tribunal, en definitiva, la revisión de la resolución recurrida, sea que esta sea confirmada o revocada según corresponda a las posiciones asumidas en autos.

Es pues tema de discusión si corresponde o no hacer lugar a la excepción de falta de acción y, por ende, rechazar o dar curso a la posibilidad que se investigue dicho extremo en juicio.

2.1

MARCO LEGAL QUE SUSTENTA LA CUESTIÓN EN ESTUDIO

Siguiendo el orden de prelación enunciado por el art. 137 de la Constitución vigente ⁽⁶⁾ se encuentra que:

Conforme a la propia C.N. resultan aplicables el Art. 53 de la CN (In fine) “Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad” así como las disposiciones que, a tenor de esta, fueran concordantes como el artículo 54 y siguientes en tanto hagan relación y pertinencia respecto al tema y que – por su parte – están contenidos en el capítulo IV “De los derechos de la familia”.

En un siguiente nivel tenemos – obviamente – la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Ley Nro. 57/90 que en su art. 7 en su inc. 1) establece: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento **y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos**”.

Y, en concordancia, el art. 8 del mismo cuerpo normativo propone: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Así, se muestra claramente, como obligación del Estado el proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si éste hubiera sido privado en parte o en todo de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).

Por último, luego de ponderarse esos niveles, tenemos las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones sancionadas en consecuencia, con lo que aparece el C.N.A. ⁽⁷⁾ que en su art. 18 “Del derecho a la identidad” establece que: “El niño y adolescente tienen el derecho a conocer a sus padres y a promover ante la justicia las investigaciones que sobre sus orígenes consideren necesarias”, así como toda otra disposición vigente que, por su

⁶ Constitución Nacional de la República del Paraguay. Año 1992.

⁷ C.N.A.: Ley Nro. 1680/2001 “Código de la Niñez y Adolescencia”.

naturaleza, fueran concordantes a la luz de lo que ya fuera analizado hasta aquí.

2.2

EN LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS: ¿CUÁNDO ES CORRECTO HABLAR DE DESCONOCIMIENTO O IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD? ¿EXISTEN DIFERENCIAS?

La importancia de la identidad como un derecho personalísimo tiene íntima relación con la legitimación activa para la promoción de las acciones de estado ⁽⁸⁾, esto es porque siempre se alterará la identidad cuando la personalidad de un individuo sea representada de manera errónea o inexacta, con respecto a sus reales peculiaridades o características y lo que se busca es “no ver desnaturalizado el propio perfil externo, psicosomático intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, es decir, lo que uno es externamente ante los ojos de todos”.

La acción de contestación o desconocimiento de la filiación matrimonial, tiene por objeto destruir la presunción de la paternidad del marido. Esta acción corresponde al marido y, en algunos, casos a los herederos del marido para que se declare que este no es el padre del hijo dado a luz por la esposa.

Esto se halla al amparo del Art. 236 C.C. ⁽⁹⁾: **el marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio** en los siguientes casos:

- a) supuesto de impotencia o esterilidad del marido.
- b) supuesto en el que vivía legalmente separado de su esposa, salvo que hubiera habido cohabitación, aunque sea temporal.

⁸ Las acciones de filiación constituyen una especie de las acciones de estado de familia. Tienen por finalidad declarar un determinado emplazamiento en el estado de familia, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento Bossert Zannoni, p. 87). En otros términos, el objeto de las acciones de filiación es siempre constituir, modificar o extinguir un determinado estado de familia.

⁹ C.C.: Ley Nro. 1183/85 “Código Civil del Paraguay”.

c) si en ese periodo la mujer hubiera cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y nacimiento del hijo. Podrá probar también otro hecho que excluya su paternidad.

Art. 237 C.C.: mientras viva el marido solo a él le compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio.

Si el marido fuere declarado interdicto, la acción de desconocimiento no podrá ser ejercida con el curador sino con la autorización judicial, con audiencia del ministerio fiscal de menores.

Art. 238 C.C.: Fallecido el marido sus herederos presuntos que debieren concurrir con el hijo o ser excluidos por él, así como los ascendientes del extinto, podrán continuar la acción de desconocimiento iniciado por este.

Ahora bien, con respecto a la impugnación de paternidad, ella está legislada en los artículos:

240 C.C.- La filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro del Estado Civil, o, a los parroquiales, en su caso, podrá ser impugnada por el padre o la madre, y por todo aquél que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, sustitución del hijo, o no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo.

247 C.C.- El reconocimiento que hicieren los padres de sus hijos podrá ser impugnado por éstos, o por los herederos forzosos de quien hiciere el reconocimiento, dentro del plazo de ciento ochenta días, desde que hubiesen tenido conocimiento del acto.

De los textuales expuestos se infiere que existe una leve diferencia en ellas en el sentido de que, si bien ambas pretenden lo mismo, que es – en definitiva – correr en su calidad de “hijo” al sujeto que ya la ostenta, la doctrina se reserva la denominación de “Desconocimiento” aplicado a los casos de filiación matrimonial y de “impugnación” para los casos en los que se pretende discutir la filiación de un hijo extramatrimonial.

¿LA IDENTIDAD ES DINÁMICA O ESTÁTICA?

LA IDENTIDAD EN SU DOBLE FAZ. TEORÍAS SOBRE SU DETERMINACIÓN

En este punto es necesario considerar lo resuelto por el Tribunal que, en definitiva, decide por unanimidad:

«NO HACER LUGAR al recurso interpuesto y en consecuencia CONFIRMAR el A.I. Nro. 271 de fecha 28 de mayo del 2019» con base en los siguientes fundamentos:

En minoría – aunque no en disidencia – se expresa que: “En este asunto se acreditó – por parte del demandante – con fotografías, copias de WhatsApp, de correos (amplitud probatoria) que se mantuvo una relación sentimental con la persona demandada Sra. R, esposa del codemandado y también con la niña, a quien él reclama como hija⁽¹⁰⁾.”

En todos los casos se debe hacer prevalecer los instrumentos de rango superior (Constitución Nacional y Convención de los Derechos del Niño), por tanto, concluye que se debe investigar la identidad biológica del niño, en razón de que la misma convención de las Naciones unidas y la propia Constitución establecen que ese es un derecho que le corresponde a todo niño”.

El voto favorable – por adherencia al preopinante – decisorio por mayoría, al sopesar otros elementos existentes, sostiene que resulta fundamental preguntarse cuál es el interés superior de S.R.R.B. en este caso concreto. Para ello es necesario tomar en cuenta ciertos aspectos para adoptar una decisión como ser:

La edad de la niña y la identidad que ostenta a su corta edad observado esto desde su faz dinámica – concepto que más adelante se desdoblará en esta redacción – dado que cuanta más edad tenga el sujeto será mayor la

¹⁰ Lo que nos indica que ante la orfandad probatoria debiera rechazarse la demanda, ya que la prueba está dentro del proceso a los efectos de llegar a una verdad y a la vez conformar el criterio judicial suficiente para tener certeza de lo que se va a decidir. El juez debe tener certeza sobre lo que resuelve.

afectación que le producirá las consecuencias de una acción de esta naturaleza. Por esta misma razón, no corresponde que la niña sea oída, por su corta edad y su falta de madurez en relación con el tema objeto de estudio.

Así también determina que, sin temor a equívocos, nuestro C.C. no otorga legitimación activa para accionar la impugnación de filiación a terceras personas como es el caso de análisis, sin embargo, se analiza en virtud de lo que se conoce como “control de convencionalidad”⁽¹¹⁾.

A título independiente de las palabras del fallo – a raíz de la importancia de su comprensión – se trae la definición del Prof. Mario Midon, quien en su obra “Control de Convencionalidad”, señala: “(...) En la semántica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se conoce como control de convencionalidad al procedimiento mediante el cual un Tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema. Si el acto en cuestión no supera ese test de fiscalización, el Tribunal deberá declararlo anticonvencional o inconvencional, es decir, contrario a alguno o algunos de los artículos que establecen los Tratados de Derechos Humanos que ese país suscribió y se negó a cumplirlos”⁽¹²⁾.

Ahora bien, es en dicha atención, que se manifiesta en el fallo: “A esta solución solo se puede arribar mediante lo que llamamos control de convencionalidad que los jueces estamos llamados a efectuar como operadores de justicia aplicando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada por ley 57/90 en sus artículos 7 y 8 concordante con el art. 3 del mismo instrumento legal (...)”.

Este pronunciamiento es marcadamente opuesto al criterio sostenido por la misma Cámara en el A.I. 100 DE FECHA 26 DE JUNIO DEL 2014 en cuanto al sentido de lo resuelto pues en apretada síntesis del caso se estableció que:

“El presente caso se trata de la identidad de un adolescente de 17 años cuyo padre que lo ha reconocido falleció y, ahora, la demandante -

¹¹ El control de convencionalidad difuso hace su aparición en el voto emitido por el juez Sergio García Ramírez, en donde la Corte IDH hace mención del deber de los jueces de efectuar el control de convencionalidad en el caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile del 26 de septiembre del 2006.

¹² MIDON, Mario. “Control de Convencionalidad”, 1ª Edición, Editorial Astrea, p. 71.

abuela paterna - se presenta a impugnar esa filiación, argumentando que en realidad no es su nieto biológico y sobre lo cual el órgano juzgador resolvió: NO HACER LUGAR a la petición” – y dispone otras cuestiones procesales basándose en instituciones de esta naturaleza – motivados en que:

“El derecho a la identidad que – conforme a lo sustentado también por la A - quo como justificación – es de rango constitucional y tiene carácter personalísimo, es reconocido a favor de todo niño/a o adolescente, e implica mucho más que el discernimiento entre la realidad genética y la identidad registral.

En el caso de los menores de edad puede ser ejercido por el niño/a o adolescente a través de sus representantes legales, cuando ello implique el emplazamiento en el seno de la familia consanguínea del progenitor que no ha procedido a reconocerlo.

El desconocimiento, sin embargo, tiene un carácter más limitativo, pues mientras el reconocimiento otorga nombre, alimentos, familia, derechos sucesorios, patria potestad; el primero implica sacar, borrar, extinguir cada uno de esos derechos, por lo que su investigación debe ser el resultado exhaustivo de cada caso concreto, verificándose si lo solicitado obedece al real interés superior del niño/adolescente o si esa investigación de sus orígenes tienen más bien un trasfondo económico y lo que se pretende es beneficiar a terceras personas.⁽¹³⁾

En el presente caso no puede ser invocado el derecho a la identidad del adolescente, pues X identifica como padre a quien lo reconoció, el Sr. A., y la presente acción es promovida por la actora a los efectos de tener la calidad de heredera y tener acceso a los bienes dejados por el mismo”.

Están en juego – según lo analizado en ambas resoluciones – los criterios que se fundan con base en las teorías doctrinarias acerca de la construcción de la identidad.

Dichas teorías encuentran sustento en la visión de la identidad en una doble faz, la estática y la dinámica.

En efecto, *la faz estática* propone que la identidad permanece inmutable en el tiempo y está dada por el elemento biológico o de sangre, y *la faz dinámica* conceptualiza a la identidad desde otros elementos a través de los

¹³ Fundamentos del fallo [A.I. Nro. 100 DE FECHA 26 DE JUNIO DEL 2014] Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial del Dpto. Central, Paraguay.

cuales se desenvuelve el sujeto tales como las relaciones familiares, culturales que no permanecen inmutables, sino que se van construyendo en el tiempo.

Estas teorías son la del biologismo puro o a ultranza y la teoría de la identidad socio - afectiva. La primera prioriza el origen genético o biológico del niño por sobre cualquier otra cuestión, ya que lo que interesa es que la verdad biológica coincida con la filiación que ostente el sujeto en el certificado de nacimiento respectivo, en síntesis, el derecho a la identidad del niño se limita a su faz estática.

La otra teoría, en cambio, determina la identidad priorizando factores sociales.

Cuando autores como João Baptista Villela ⁽¹⁴⁾ nombraron estas nuevas realidades de “desbiologización de la paternidad”, el concepto de filiación ganó nuevos contornos en sede doctrinaria y jurisprudencial. Se empezó a hablar de “parentalidad socioafectiva”: hecho jurídico compuesto de elementos sociales y afectivos y no exclusivamente de características genéticas.

La identidad del niño se sustenta además en la socio - afectividad considerando no solo su realidad biológica sino otros elementos que hacen a esta faz dinámica del derecho a la identidad ya citados precedentemente.

Al respecto, Luiz Edson Fachin, en la misma tesitura señala que: “la verdadera paternidad no puede circunscribirse en la búsqueda de una precisa información biológica; más que eso, exige una concreta relación paterno - filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emergen la verdad socioafectiva ⁽¹⁵⁾. El padre afectivo ejerce, en la vida del hijo, la función de padre” ⁽¹⁶⁾.

Como último punto - en contraste con el caso - se debe decir que la postura de lo decidido por esta resolución, aun cuando fuere contraria a la anterior, también es coherente con ella, pues en aquella se expresa:

¹⁴ João Baptista Villela “Desbiologización de la paternidad” en “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales” de Maria Berenice Diaz [en línea] Revista Jurídica de Derecho Privado UCES, p. 85, 86.

¹⁵ Da paternidade: relação biológica e afetiva, p. 36.

¹⁶ Chaves de Farias, Cristiano y Rosenvald, Nelson, Direito das Famílias, p. 517.

“Nos encontramos en el presente caso con la particularidad de que ambas partes dicen tener derechos sobre S.R.R.B., lo pretendido por el demandante - según manifiesta en su escrito inicial – es cumplir con los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad que le corresponden como padre biológico, es decir que, contrario a otros casos objeto de revisión por este Tribunal la niña en cuestión no quedaría sin reconocimiento paterno filial de darse curso favorable a la demanda”.

Con esto considera, finalmente, las ulteriores consecuencias o el trasfondo que pudiera darse a partir de ella, como ya se dijera más arriba.

Ahora bien, como podría sopesarse ¿en qué casos correspondería aplicar una u otra con base en el Principio del interés superior?

Dicho en este contexto, parecería encontrarse una sencilla respuesta, pero ardua de realizar: el Control de convencionalidad.

En efecto, esto es lo que se ha aplicado en el análisis del caso centro de nuestro estudio ab initio, pues correspondía – en puridad – analizar si a la luz del interés superior suficientemente respaldado por instrumentos internacionales procedía la no aplicación de la normativa del C.C. que limita la legitimación al marido en caso de hijos matrimoniales y, en consecuencia, admitir la posibilidad de investigación de la paternidad como pretende la actora.

Al respecto el Comité de Derechos del Niño ha elaborado en la Observación General Nro. 10 una serie de criterios orientadores dirigidos a la magistratura de la niñez y, en este sentido, ha señalado que:

“En todas las decisiones que se adoptan en contexto de la administración de justicia de menores el interés superior del niño debe ser una consideración primordial, los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Estas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hace necesario dar un trato diferente a los niños.

La protección del interés superior del niño significa por ejemplo que los tradicionales objetivos de la justicia penal a saber represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto

puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública” (Observación General No. 10 del Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 10).

En propias palabras, el control de convencionalidad, es así un mecanismo que debe ser utilizado por cada uno de los jueces de los Estados partes del sistema interamericano, independientemente de su jerarquía, grado o materia y ello implica asumir que el derecho que debe ser aplicado en los casos sometidos a su competencia, no es solo de fuente interna, sino que también debe ser aplicado aquel de fuente internacional.

Conforme a este lineamiento, cada vez que un juez omite aplicar las normas convencionales emanadas de los tratados de derechos humanos, está generando un acto que vulnera estos derechos y que, por lo tanto, es susceptible de generar responsabilidad internacional.

2.4

EL TEMA DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINARIA DE LA IDENTIDAD BIOLÓGICA PURA EN PONDERACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

A continuación, analizaremos la importancia de la filiación desde la perspectiva de la identidad biológica conforme el caso “FORNERÓN E HIJA Vs. ARGENTINA” en congruencia con lo establecido en este trabajo a través del referido mecanismo ⁽¹⁷⁾.

Los hechos ⁽¹⁸⁾ se inician el 16 de junio del 2000, cuando nace M., hija de D. E. E. y de L. A. J. Fornerón. Al día siguiente, la señora E. entregó a su hija en guarda provisoria, con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del defensor de pobres y menores suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

L. A. J. Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la Sra. E. si él era el padre, lo cual fue negado por la misma en toda ocasión. Tras

¹⁷ Control de convencionalidad.

¹⁸ Ficha técnica del tema según la Corte IDH [en línea].

https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

MONOGRAFÍA

el nacimiento de M., y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Fornerón acudió ante la defensoría de pobres y menores, a manifestar que deseaba si correspondía hacerse cargo de la niña.

Un mes después del nacimiento de M, Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 1 de agosto del 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, L.A.J. Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez y manifestó, en todo momento, su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Así mismo se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad.

En marzo del 2001 el Juez de Primera Instancia ordenó la realización de un informe psicológico con base en la solicitud de la defensoría de menores de una pericia respecto de los posibles daños que podría sufrir la niña en caso de ordenarse su entrega al padre biológico.

El referido informe presentado ante el juez el 9 de mayo del 2001 concluyó que, sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de la familia que reconoce, a otra que desconoce y que, el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente, sería sumamente traumático pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles más aún si atravesó ya por una primera situación de abandono.

El 7 de mayo de 2001 el Sr. Fornerón reiteró su solicitud anterior e indicó al juez la necesidad de que la guarda se interrumpiera debido a la situación de la niña que, por un lado, recibe el afecto de los actuales guardadores, comparte su casa y sus cosas y, por el otro, se habitúa a una relación y situación precaria de la que será desprendida para vivir una nueva.

Esta realidad para M. – según manifiesta – será cada vez más dolorosa, difícil y traumática cuanto mayor sea el tiempo que transcurra para la restitución a su verdadero origen.

El 17 de mayo del 2001, el juez de primera instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z por el plazo de un año, porque en la sentencia consideró:

a) La inexistencia de un noviazgo formal de más de 12 meses entre el Sr. Fornerón y la señora E., el hecho de que la niña no fue resultado del amor ni del deseo de formar una familia y la existencia de una fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su padre, son circunstancias que acreditaban un real conflicto entre los progenitores de la niña y la ausencia de la madre biológica.

b) El Sr. Fornerón no había demostrado ningún tipo de interés ni colaboración la madre antes del nacimiento de la niña ni realizó ninguna presentación judicial para resguardar el vínculo con la niña.

c) Resulta excesivo el plazo contado desde el nacimiento de la niña o del reconocimiento de la misma hasta la fecha de presentación en autos para reclamar la entrega de M.

d) De entregarse la niña al padre biológico no contaría con una familia biológica faltándole la presencia maternal ⁽¹⁹⁾ y

e) Sin dejar de evaluar los derechos del padre, prima el interés superior de la niña, quien, a criterio de la perito, sufriría un daño irreparable si fuese entregada al Sr. Fornerón.

Concluyó que, de así acceder - en un futuro - el padre biológico, se podría instrumentar un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña.

El Sr. Fornerón recurrió la sentencia y esta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de la ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el 23 de diciembre de 2005, se otorgó la adopción simple de M. al matrimonio B-Z.

En este escenario, debemos resaltar que el Derecho Argentino contempla la protección integral de niñas, niños y adolescentes en el ámbito familiar por medio de la ley 26.061, la cual en su artículo 3, referido al interés superior de ellos, establece en el apartado c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural...". El artículo 4 apartado a) señala como pauta de políticas públicas el "... Fortalecimiento del rol de la familia..." y, el artículo 7, dice que "... La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías...". El

¹⁹ Según se infiere de esta expresión existe un marcado tinte discriminatorio con base en la perspectiva de género y un concepto cimentado en la imagen tradicionalista de la familia.

artículo 10 reconoce expresamente el “... derecho a la vida privada e intimidad familiar...” y, el artículo 11, establece que las niñas, niños y adolescentes, “tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de sus derechos”⁽²⁰⁾.

Sin embargo, este derecho de familia biológica reconoce un límite, y es la imposibilidad de esa familia de cumplir por cualquier motivo con su función de protección integral⁽²¹⁾, como en el caso analizado, en que la hija del Sr. Fornerón tiene derecho a vivir, ser criada y desarrollarse en su familia adoptiva, conforme los principios consagrados en la Constitución Nacional y en las Convenciones y Tratados Internacionales, siempre que sea lo mejor para su protección y desarrollo integral, pero sin que se le niegue el derecho a profundizar lazos afectivos y familiares con su padre.

De este modo, la identidad biológica, como interés superior de los niños y su protección integral, tiene rango constitucional y asume las características de Derecho Humano. A modo de ejemplo analizaremos que los siguientes instrumentos jurídicos internacionales fundamentan nuestra posición.

El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles declara que “... Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre...”.

En el ámbito europeo, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y que en él contiene el derecho al expediente confidencial de un niño que ha sido colocado en la asistencia pública (*Gaskin c. Royaume – Uni*, 7 de julio de 1989, serie A, N° 160) o a obtener información necesaria para el descubrimiento de la verdad biológica respecto a la identidad de sus progenitores (*Miculik c. Coratie*, n° 5317/99, 54 y 64, CEDH) (*Corral Talciani*, 2010, 233)⁽²²⁾.

²⁰ Capparelli, 2010, p. 72.

²¹ *Ibíd.*, p. 73.

²² Berti García, M. Milagros y Nasazzi Ruano, Fernando J. “Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno” en *Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2014 Año IV – Nro. 4* [en línea] www.revistaidh.org, p. 231.

A su vez, la recomendación 1443 de 26 de enero de 2000, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, establece que los Estados deben asegurar el derecho del niño adoptado de conocer sus orígenes biológicos conforme los derechos del niño en la adopción internacional.

Asimismo, la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, dispone que las autoridades competentes del Estado contratante, deberán conservar las informaciones de los orígenes de los niños en materia de adopción internacional, especialmente, relativas a la identidad de su madre y de su padre.

Conforme lo expuesto anteriormente puede apreciarse que, en la mayoría de los instrumentos internacionales, se reconoce el derecho a la identidad biológica de los niños respecto a sus progenitores como principio rector del interés superior de los niños. También surge un deber para el Estado de proteger y garantizar el acceso a la información para establecer dicha identidad, en la medida de lo posible, conforme el acceso a la justicia.

Por lo tanto, debemos preponderar la protección integral del derecho de toda persona a conocer su identidad, en especial los niños. Así, en el caso analizado, el principio de identidad biológica nace, como un derecho fundamental en beneficio del interés superior de la niña M., que ha sido procreada y reconocida en legal forma por el Sr. Fornerón obteniendo, de este modo, un emplazamiento filial que constituye un derecho de la personalidad conforme a la Constitución y los Tratados internacionales.

En la ocasión del pronunciamiento la Corte IDH concluye que el Estado argentino violó el derecho a la protección de la familia, reconocido en el Art. 17.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1, en perjuicio del Sr. Fornerón y su hija, así como el art. 19 de dicho tratado respecto de esta última.

Reflexionó en sus fundamentos que la guarda judicial que culminó en la adopción simple de la niña se otorgó sin observar ciertos requisitos normativos tales como el consentimiento del padre biológico y la ausencia de verificación de las demás condiciones establecidas en el art. 317 a) del Código Civil ⁽²³⁾ entre otros establecidos en la ley interna.

El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño.

²³ Código Civil Argentino.

MONOGRAFÍA

En el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación. El juez que otorgó la guarda judicial - y posterior adopción - no tuvo en cuenta la voluntad del Sr. Fornerón de cuidar y de no continuar separado de su hija.

Ello a pesar de que el padre biológico manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante las diversas autoridades y particularmente ante dicho funcionario en los procesos de guarda y adopción.

Por otra parte, el referido juez, tampoco determinó - a criterio de esta Corte - la existencia de alguna de las circunstancias excepcionales establecida por la Convención de los Derechos del Niño tales como “casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres” que hubieran permitido excepcionalmente la separación del padre de su hija.

Además, la separación entre padre e hija, formalizada en la sentencia en la cual se otorgó la guarda judicial por un año al matrimonio B-Z y, posteriormente, el proceso de adopción no dispuso medidas para vincular al Sr. Fornerón con su hija.

El Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad puede ser conceptualizado en general como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende otros varios derechos según sea el sujeto de derechos del que se trate y las circunstancias del caso.

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en la experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que, la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.

A esta altura, ya es posible afirmar igualmente, que – según se infiere también de lo resuelto en el expediente sobre impugnación de la paternidad de S. y que fuera sustentado entonces respecto de la legitimación activa – las formas procesales deben constituir una garantía del goce real de los derechos del niño, y cuando estas actúan en contrario, estableciéndose un obstáculo para que se instituya o modifique un derecho que sea más beneficioso para el niño, deben – incluso – ceder en virtud del principio del interés superior.

En apoyo de tal expresión, se trae a colación un último precedente, identificado como “ACUERDO Y SENTENCIA DE LA C.S.J. No. 156/2007

SALA CONSTITUCIONAL” que se ha dado al estudio de los siguientes hechos ⁽²⁴⁾:

Luis, quien dice ser padre biológico del niño Pedrito, se presenta a interponer acción de impugnación de paternidad en contra de Juan, quien había reconocido al niño y estaba unido en matrimonio con la madre del niño y contra María, madre del niño.

El niño Pedrito era – en virtud de ello – hijo matrimonial de Juan y María, entonces, gozaba de la presunción de ser hijo matrimonial por haber nacido dentro del matrimonio.

En las dos instancias, (primera y segunda), se rechazó la acción instaurada por Luis: no se hizo lugar a la impugnación de paternidad de Pedro.

Postura que luego fue objeto de revisión por vía de la acción de inconstitucionalidad.

¿Qué dijo la Corte al respecto? Pues bien, examinados los antecedentes resolvió lo siguiente:

“HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad y, por tanto, DECLARAR NULAS las resoluciones de primera y segunda instancia” con el siguiente Argumento:

“Los juzgadores que resolvieron hacer lugar a la excepción opuesta por Pedro en base al análisis lógico formal basado en premisas ciertas aplicables de manera irrestricta en otras jurisdicciones y arribaron a una conclusión incorrecta e incompleta que no puede ser aplicada a la jurisdicción de la niñez”.

Es decir, en otras palabras, estos aplicaron el derecho en forma rígida, sin dar solución a la situación real de un niño la cual queda irresoluta y a la deriva.

Con el mismo lineamiento la C.S.J. sostiene que: “Al realizar un estudio analítico de la presente acción indefectiblemente debemos conducirnos por la brújula que rige la materia de los derechos del niño y adolescente, estamos hablando del interés superior del niño, este principio supremo debe proteger toda actividad donde se encuentre los derechos de un niño en juego, principio rector en donde se asienta la teleología de la Convención internacional sobre los derechos del niño y la niña, al cual el art. 54 de nuestra Carta Magna otorga rango constitucional.

²⁴ Como durante todo el desarrollo del trabajo se opta por colocar nombres ficticios o iniciales en virtud de los principios que rigen en la materia.

Una vez enmarcado en gran medida el principio sobre el cual debe recaer la decisión de esta máxima instancia podemos afirmar, sin temor a equívocos, que la acción de inconstitucionalidad deviene procedente, en razón de que las instancias ordinarias sustentan básicamente sus resoluciones sobre la base de fundamentos netamente procesales olvidándose del principio rector del Interés superior del niño”.

2.5

PRECISIONES FINALES

De forma previa a la conclusión es necesario tener claras algunas precisiones pues, luego de esta acabada contraposición, puede verse que es posible admitir la existencia de una tercera posición respecto de las teorías ya estudiadas ⁽²⁵⁾ que podría denominarse “ecléctica” al manifestarse - por su parte - que debe analizarse la cuestión planteada en cada caso concreto, conforme lo que sea más beneficioso para el niño - a la luz de su interés superior - sujeto a la consideración del juzgador.

Siguiendo esta directriz se encuentra que el expediente “*S.R.R.B. s / Impugnación de Filiación*” tiene la particularidad de que ambas partes dicen tener derechos sobre la niña, contrario a otros casos como objeto de revisión, lo cual hace que esto pueda verse – como se puntualizara precedentemente – desde una óptica distinta.

Por lo demás, conviene decir que – a prima facie – los criterios en las distintas instancias estudiadas, parecieran no ser uniformes en tanto en algunas ocasiones, con asiento en el mismo principio, hacen lugar y en otras rechazan lo que ha sido solicitado por los intervinientes, sin embargo, se ha observado que sí son coherentes si se toma como base lo que hasta aquí se ha expuesto sin partir, por tanto, de algo que interna o tradicionalmente ⁽²⁶⁾ se tiene como verdad absoluta.

²⁵ Véase lo expuesto al respecto en el punto 2.3.

²⁶ Entiéndase en clara referencia al elemento ineludible de la sangre asimilada a ultranza por la Teoría del Biologismo Puro. Todos los seres humanos tienen sangre en las venas, por tanto, todos tienen una identidad que, como tal, es absoluta e inmutable.

CONCLUSIONES

Entonces, habiéndose visto y analizado diferentes criterios, a fin de dar respuesta a la pregunta que se hiciera al inicio ¿está o no el derecho a la identidad por encima del interés superior?

Sabiendo ya que este último es ponderado como una pauta de interpretación obligatoria de cuya derivación los jueces y funcionarios en sus pronunciamientos deben determinar claramente, en cada caso, cuál es el interés superior en juego y que - como ya se ha dicho más arriba - en el caso de la filiación puede traer inminentemente aparejado otros aspectos trascendentes de lo personal, llegando hasta la esfera patrimonial como lo es en el caso de un eventual derecho de sucesión, debe hacerse referencia al control de convencionalidad.

Este control es entendido sobre la base del concepto en que requiere que el juez latinoamericano - actual aplicador de esta nueva modalidad de control - cuente con las herramientas necesarias al momento de llevar a la práctica esta función. Se impone la necesidad de conocer qué principios deben ser utilizados por el intérprete a la hora de realizar dicha labor hermenéutica.

Esto es abordado como herramienta para asegurar la adecuación de la legislación interna cuya aplicación - en los fallos nacionales - esté acorde a los Tratados y Principios convencionales ratificados, lo cual es también desarrollado - en idéntico sentido - por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción Judicial del Dpto. Central del Paraguay en sus precedentes.

Es, en realidad, en virtud de esta visión que, tal como dijera Durán Rivacobas “la verdad biológica sirve como premisa básica, mas no es absoluta o excluyente y, en algunos casos, aconseja su sabia moderación ⁽²⁷⁾ para que prevalezca el interés superior”.

Por lo tanto, puede afirmarse que el tema del Derecho a la identidad no puede estar situado encima del Interés superior del niño, sino que es en razón de este mismo control, que debe ser interpretado a la luz del él, lo cual

²⁷ Durán Rivacobas, Ramón. Año 2010. Según este autor existen supuestos que merecen especial consideración, criterio que es exhaustivamente desarrollado en su trabajo “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad”.

se ve sostenido por el criterio de la Corte IDH que establece que en los temas relativos a los Derechos Humanos – entre ellos la identidad – las Convenciones, los Tratados y sus disposiciones están al mismo nivel normativo que la Constitución Nacional.

Como opinión – para cerrar el este análisis – se resalta que, por otra parte, es necesario tener como elemento de suma importancia cuál es la función que la ciencia de la psicología le otorga al concepto de identidad personal en referencia al sentido que le damos a nuestro propio ser. Estas funciones son básicamente dos: 1) darnos una valoración positiva de nosotros mismos, y 2) adaptarnos al entorno en el que vivimos. La primera función busca llegar a sentirnos una persona valiosa con capacidad para actuar ante los diferentes sucesos y elementos. La segunda función permite modificar ciertos rasgos de nuestra identidad para poder integrarnos en un nuevo entorno.

Sobre esta base se sostiene – en concordancia con Rivacobas – y a título personal que, si bien es importante el concepto de la **Identidad** concebido desde la faz estática o puramente biológica, no menos importante es su faz dinámica, pues parafraseando lo que dijera Verónica Roth ⁽²⁸⁾ “uno pertenece a la gente que ama y a la vez ellos nos pertenecen; el amor y la lealtad forman la identidad mucho más de lo que cualquier palabra o grupo podría jamás” y es esto - en definitiva - lo que no puede obviarse a las results de un proceso que se desarrolle dentro de la jurisdicción especializada.

No menos cierto es que, el desplazamiento de la filiación, ya sea su impugnación o desconocimiento, tiene un carácter más restringido, pues es lógico que el sacar, borrar, extinguir los derechos que ella otorga, haga que su investigación deba ser el resultado exhaustivo de cada caso concreto ⁽²⁹⁾.

En este contexto se aprecia que la postura “correcta” en la resolución de casos sería apearse a una postura intermedia o ecléctica ⁽³⁰⁾.

²⁸ Escritora de novelas estadounidense nacida en New York.

²⁹ Véase A.I. Nro. 100 de fecha 26 de junio del 2014 del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial del Dpto. Central, Paraguay.

³⁰ Postura que se reafirma en el hecho de que en el caso de que en algún momento se tenga la necesidad de conocer un determinado origen biológico aun cuando se diera esto se diera en la adultez sería perfectamente posible considerando

Finalmente, se espera que el esbozo hecho precedentemente despierte el interés en el estudio de esta cuestión por los profesionales adscriptos a esta rama del derecho, dado que si bien es un tema bastante vidrioso – por la prevalencia del carácter íntimo del ser persona con que se haya ligado – se constituye en una piedra angular y que, a la vez, sea de utilidad para tal fin.

La autora.



que por imperio del art. 234 del Código Civil “los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la maternidad o paternidad se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos...”

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 73

Cuestión debatida: *En el presente fallo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, analiza la procedencia del Recurso de apelación interpuesto contra una resolución dictada por un Tribunal de apelación; que en observancia a lo estipulado en el Art. 406 del Código Procesal Civil, procedió a resolver el fondo de la cuestión; luego de haber declarado la nulidad parcial del fallo elevado para su revisión.*

Deberá determinarse si la misma constituye una resolución originaria y así determinar la procedencia del estudio en grado de Apelación para su estudio ante la Sala Civil.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del Recurso de nulidad.

El recurso de nulidad, de conformidad con el art. 404 del Código Procesal Civil, es un medio para impugnar los vicios de las resoluciones judiciales, consistentes en la violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes. Cuando este recurso procede, el órgano superior debe anular la resolución recurrida y resolver la cuestión de fondo, por imperio del art. 406 del Código Procesal Civil. De este modo, la decisión consecuente no constituye una revocación o modificación de la resolución de la instancia inferior, sino más bien un reemplazo de ella. Resulta así que “[...] en el caso de que la impugnación se refiera a los vicios que afectan a la sentencia, la inmensa mayoría de los ordenamientos analizados acuerda al tribunal de

apelación la doble facultad de declarar la nulidad de aquélla y de sustituirla por otra que dirima el fondo del asunto, concentrando por lo tanto en un mismo acto la emisión del juicio negativo (iudicium rescindens) y del positivo (iudicium rescissorium)." (PALACIO, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo. 1982. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo VI. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. pp. 205/206).

Entonces, la resolución del Tribunal de Apelación que anule la del Juzgado inferior y, en consecuencia, resuelva la cuestión de fondo, no solo tiene valor de resolución de segunda instancia, sino también de primera instancia. Por tanto, resulta lógico decir que se crea una ficción donde el *a quo* y el *ad quem* fallan en el mismo sentido a través de una misma resolución, vale decir, existe un pronunciamiento de dos instancias judiciales distintas a través de un mismo instrumento público, dado que la resolución en sí no implica una variación del sentido primigenio adoptado por la instancia inferior con respecto del adoptado en la instancia superior. Ello se refuerza por el hecho de que el citado art. 406 del Rito Civil sólo permite el pronunciamiento de la nulidad cuando el sentido del fallo va a dirigirse a admitir las mismas pretensiones que las ya declaradas como procedentes en la instancia inferior. De lo contrario, si el fallo va a tener un sentido distinto, la nulidad no se pronuncia y se procede a su simple revocación. Esta es la interpretación que se evidencia en la sistemática del recurso de nulidad en el Código Procesal Civil; y la que esta Magistratura sostiene, desde inicios (*vide*: Acuerdo y Sentencia N° 48 de fecha 31 de julio de 2019; y, Acuerdo y Sentencia N° 91 de fecha 30 de septiembre de 2020). Por ello, en los casos en que así sucede, la decisión dictada en la instancia revisora hace cosa juzgada, y ya no puede ser recurrida.

RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

Concordante con lo expresado, es el comentario al Art. 403 del Código Procesal Civil por Fernando Barriocanal cuando expresa: *"En algunas oportunidades existen dudas sobre si la resolución del Tribunal de Apelación es originaria o no, como sería el caso en que éste anule una resolución de Primera Instancia y dicte otra en su reemplazo. Las opiniones al respecto de esta situación están divididas, considerándose por un lado que como la nulidad tiene efecto de considerar que lo anulado no ha existido, la resolución del Tribunal que la reemplaza es originaria; por otro lado, se sostiene que no*

debe ser considerada como originaria una resolución que resulta de la anulación del fallo impugnado, dado el hecho que el Tribunal no hubiese podido resolver si no se hubiese resuelto la cuestión en primera instancia, por lo que ese juzgamiento del Tribunal que anuló y dictó otra resolución en su reemplazo debe juzgarse como no originaria y, por ende, no susceptible de recurso ante la Corte.” (Código Procesal Civil Comentado, La Ley Paraguaya, 2015, 2º ed., tomo III, p. 271).

Nos encontramos entonces ante dos posturas dispares: la primera, rechaza la recurribilidad de este tipo de resoluciones al manifestar que, una vez dictado el fallo sustitutivo por el Tribunal de Apelación, se crea una ficción jurídica en la que, virtualmente, al declarar la ineficacia del fallo emitido por el órgano de primera instancia, la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación tiene la fuerza de segunda y primera instancia, entendiendo que en tales casos el *a-quo* y el *ad-quem* fallan en idéntico sentido. Por su parte, la segunda postula que la concesión de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación en los casos mencionados, son procedentes en todos los casos.

En cuanto esta última postura, se hace posible encontrar una pluralidad de motivos que la sustentan, como por ejemplo, en cuanto al declarar la nulidad del pronunciamiento emitido en la primera instancia, se entiende que el fallo que, en consecuencia, dicta el órgano de segunda instancia es originario, dado que resuelve la cuestión tal y como lo debió realizar el primer órgano jurisdiccional encargado de resolver el litigio y, por tanto, debe ser habilitada la vía de la apelación para que pueda obtener un fallo en instancia recursiva y dar cumplimiento al principio de doble instancia.

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Principio de doble instancia.

Sobre el punto, sin dejar de lado lo mencionado en el párrafo anterior, se considera también bajo la corriente de la recurribilidad a los fallos sustitutivos que, a pesar que estos no sean originarios del Tribunal de Apelación, necesariamente debieron ser precedidos por una resolución anterior que haya sido declarada nula para así poder proceder a dictar el fallo en sustitución de lo declarado nulo. Así, una vez declarada la nulidad y privados los efectos de la sentencia definitiva de primera instancia, se torna razonable sostener que no otorgar la apelación contra el fallo sustitutivo sería vulnerar el principio de la doble instancia, puesto que para que este principio se

encuentre cumplido, necesita un doble juzgamiento por diferentes grados de jurisdicción, cosa que, de privar los recursos contra el fallo sustitutivo, sólo quedaría un juzgamiento válido en el proceso.

Al respecto, en doctrina se ha desarrollado cuanto sigue: “El principio admitido en nuestro derecho del doble grado de jurisdicción consiste en que todo litigio excepto en los casos expresamente previstos por la ley, debe poder pasar para su pleno conocimiento por dos tribunales sucesivamente; y este doble grado, en la intención del legislador, representa una garantía de los ciudadanos bajo tres aspectos: a) En cuanto un juicio reiterado hace, por sí mismo, posible la corrección de los errores. b) En cuanto los dos juicios están confiados a jueces diferentes. c) En cuanto el segundo juez se presenta como más autorizado que el primero (el pretor respecto del conciliador, el tribunal respecto del pretor, la Corte de apelación respecto del tribunal).” (Principios de Derecho Procesal Civil, CHIOVENDA, José. Traducción de José Casais y Santaló Reus, Madrid, 1925, ps. 488-489). En el mismo sentido, se sostiene: “excluido que pueden coexistir con la misma eficacia las dos sentencias respectivamente pronunciadas en el procedimiento impugnado y en el procedimiento de impugnación, se entiende que la segunda tiene que sustituir a la primera, por lo cual ella tiene una doble eficacia, negativa y positiva: la eficacia negativa se resuelve en la rescisión de la sentencia anterior, esto es, en hacerla desaparecer; la eficacia positiva consiste en la sustitución de ella, esto es, en ocupar su puesto; según su antiguo modo de expresión, no enteramente claro, se habla en cuanto a la primera de *iudicium rescindens*, y en cuanto a la segunda, de *iudicium rescissorium*” (Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Sentís Melendo, Santiago. Buenos Aires, El Foro, 1997, 1º ed., tomo II, p. 182.) Además, “el *iudicium rescindens* juega en todo medio de impugnación, aún en los destinados a obtener, como finalidad esencial, el *rescissorium*.” (Rivas, Adolfo. Tratado de los recursos ordinarios y el proceso en las instancias superiores. Buenos Aires, Ábaco, 1991, 1º ed., tomo I, p. 49).

RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

Lo cierto y lo concreto en estos casos, es que el hecho de admitir la irrecurribilidad del fallo sustitutivo dictado al anular el pronunciamiento de primera instancia, podría dar pie a generar una no deseable práctica ju-

dicial por parte de los Tribunales de Apelación, donde estos, buscando blindar sus propias resoluciones, declaren la nulidad de los fallos de primera instancia por cuestiones inocuas o irrelevantes del proceso o de la resolución en estudio, seguros de que, con tal proceder, sus resoluciones no podrán ser estudiadas por la Corte Suprema de Justicia, órgano jerárquicamente superior, encargado de la revisión de las resoluciones dictadas por los Tribunales de Apelación.

En este escenario, el Tribunal de Apelación se convertiría en el único contralor del cumplimiento del Art. 403 del Código Procesal Civil, decidiendo incluso arbitrariamente los casos que pueden llegar a la Corte Suprema de Justicia y los que no, creando una situación de hecho que bajo la supuesta aplicación restrictiva del derecho, podría dar lugar a un abuso del mismo.

RECURSO DE APELACIÓN. Procedencia de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

Las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional deben ser fundadas conforme al derecho y, además, debe también atenderse las políticas públicas del Estado, puesto que los magistrados que ejercen la jurisdicción y competencia son, asimismo, integrantes de un poder del Estado, el Poder Judicial, y, en tal sentido, al dictar resoluciones judiciales están ejerciendo el poder otorgado a los mismos. Esta situación no es menos sensible en cuanto a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, puesto que al ser el máximo órgano del Poder Judicial, las decisiones tomadas por los Ministros en sus respectivas salas, dan los lineamientos sobre el ejercicio de la Magistratura y fijan, en definitiva, criterios jurídicos en la resolución de conflictos judiciales que repercuten en la ciudadanía en general.

Con todas estas cuestiones en consideración, estimo admisibles los recursos interpuestos contra las resoluciones sustitutivas dictadas por los Tribunales de Apelación, en virtud del Art. 406 del Código Procesal Civil y, en definitiva, contra todos los puntos del Acuerdo y Sentencia recurrido, incluidos aquellos que resuelven sobre la procedencia de la demanda de matrimonio aparente de 2005 a junio de 2018 y a la vigencia de la comunidad de gananciales de diciembre de 2009 a junio de 2018. Ello sin perjuicio de que el estudio de dichos puntos por parte de esta Sala Civil y Comercial sea realizado en función a lo que haya sido efectivamente objeto de agravio.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. DEBERES DE LOS JUECES. De sus derechos y deberes.

El art. 15 del Código Procesal Civil dispone: “*Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: [...] b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad.*” Igualmente, el art. 420 del mismo Código establece: “*El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 113 [...]*”.

La normativa transcripta consagra la necesidad de la fundamentación de las resoluciones definitivas conforme con el principio de congruencia. Éste puede definirse, según Peyrano, como la “*exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis, incidental o sustantiva, y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que lo dirime*” (PEYRANO, Jorge W. 1978. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea. p. 64).

Los fallos deben, pues, ser congruentes con la forma en que ha quedado trabada la *litis*, bajo pena de nulidad. No pueden resolver *ultra petitem*, es decir, más allá de lo pedido por las partes; *extra petitem*, o sea, fuera de los términos del circuito litigioso; ni *citra petitem*, esto es, omitiendo alguna de las pretensiones deducidas o a alguno de los accionantes o accionados.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. DEBERES DE LOS JUECES. De sus derechos y deberes.

Uno de los apartados recurridos ante el Tribunal de Apelación fue el que resolvió el rechazo de la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales. De la resolución recurrida se advierte que, si bien en el “considerando” el Tribunal inferior estudió dicha cuestión, no plasmó lo decidido en el “resuelve”, tal como indicó el recurrente en esta instancia.

Entonces, al no existir pronunciamiento, en la parte resolutive del fallo impugnado, respecto de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, se configura un vicio de incongruencia por *citra petita*, que ame-

rita la declaración de nulidad y el dictado de resolución sustitutiva, en atención a que no es posible aplicar lo dispuesto en el art. 407 del Código Procesal Civil, por ausencia de decisión cuya justeza se pueda revisar.

No obstante, no debe perderse de vista que la parte recurrente en esta instancia es la demandada, por lo que el pronunciamiento respecto de la cuestión omitida no puede vulnerar la prohibición de la *reformatio in peius*.

Por tanto, como no es posible resolver la procedencia de la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales en perjuicio de la parte recurrente, corresponde expresar en un fallo formalmente válido la improcedencia de dicha acción, tal y como lo decidió el Juzgado de instancia originaria, independientemente de que no se comparta el sentido de dicha resolución.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del Recurso de nulidad. Recurso de nulidad contra Sentencia definitiva. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA.

Por otro lado, en el primer apartado del Acuerdo y Sentencia impugnado, el Tribunal inferior resolvió declarar la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia en cuanto a la acción de matrimonio aparente, habiendo consignado el fallo sustitutivo en el apartado tercero; sin embargo, en el “considerando” argumentó que “*no se observa violación del principio de congruencia*” en la sentencia de primera instancia (sic., f. 511 vlta.). Asimismo, se ve que el motivo por el que finalmente decidió hacer lugar al recurso de nulidad corresponde a una cuestión de fondo y no de forma: el fundamento fue que el Juzgado de Primera Instancia, a pesar de considerar que el matrimonio aparente se dio entre los años 2005 y 2018, le otorgó erróneamente efectos jurídicos recién desde el año 2009.

En ese punto, el fallo es contradictorio, por presentar un error que la doctrina denomina *motivación defectuosa*: “*c. Motivación defectuosa en sentido estricto. La motivación es defectuosa en sentido estricto cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Diríamos, por la investigación realizada, que los casos que se presentan aquí son los menos frecuentes. El caso que quizá se da alguna vez es el de la violación del principio de contradicción (o de no contradicción) [...] que puede traducirse diciendo Nada puede ser y no ser juntamente [...] En Lógica podría enunciarse así: No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto. Va de suyo que la imposibilidad lógica se encuentra*

basada en la imposibilidad ontológica. El adverbio juntamente tiene un significado temporal cuando hablamos de cosas contingentes. Con ello queremos expresar que, en lugar de decir 'juntamente', podríamos manifestar lo dicho utilizando la expresión 'al mismo tiempo' y 'en el mismo sentido', según sea el caso" (GHIRARDI, Olsen. 1987. *Lógica del Proceso Judicial*. Buenos Aires: Lerner. pp. 122/123).

Ahora bien, el principio de trascendencia impone que el vicio genere un auténtico perjuicio, cosa que no puede postularse en este caso, pues el matrimonio aparente ya ha sido admitido en las dos instancias anteriores, adquiriendo así autoridad de cosa juzgada; al respecto, se recuerda que esta tercera instancia solo podrá estudiar, en sede de apelación, el periodo de tiempo de su ocurrencia, más no su procedencia sustancial.

Cualquier otro vicio o defecto que pudiera existir en la resolución recurrida será subsanado en sede de apelación, en atención a lo que dispone el art. 407 del Código Procesal Civil.

LEY N° 1/1992 “DE LA REFORMA PARCIAL DE CÓDIGO CIVIL”. UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO. Características. Efectos.

En cuanto a la comunidad de gananciales, el art. 84 de la Ley 1/92 dispone: *“En la unión que reúna las características del artículo precedente y que tuviera por lo menos cuatro años consecutivos de duración se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales, que podrá disolverse en vida de ambos o por causa de muerte; debiendo en los dos casos distribuirse los gananciales entre los concubinos, o entre el sobreviviente y los herederos del otro, por mitades”*.

Al respecto, cabe apuntar que, si bien la normativa referida exige el transcurso del plazo de cuatro años para que se forme la comunidad de gananciales entre los concubinos que cumplan con los requisitos del art. 83 de la Ley 1/92, ello no implica que la misma exista recién luego de transcurrido dicho periodo de tiempo. En efecto, la demanda de reconocimiento de comunidad de gananciales entre concubinos es declarativa, lo que implica que la sentencia que se dicte se limita tan solo a declarar un estado preexistente, y no lo constituye ella misma. Así resulta del art. 87 de la referida Ley especial, que determina la ganancialidad de los bienes adquiridos por cualquiera de los concubinos “durante la vida en común”. Ello significa que los bienes adquiridos durante la unión, pero antes de los cuatro años, una vez

cumplido el plazo adquieren la calidad de comunes. La doctrina nacional confirma tal aserto, al expresar: “...lo que hace al transcurso del tiempo es confirmar la unión, pero todos los bienes adquiridos al comienzo de la misma entrarán a formar parte de la comunidad.” (MORENO RUFINELLI, José Antonio. 2005. *Derecho de Familia*. Tomo II. Asunción: Intercontinental. p. 595).

Entonces, como el matrimonio aparente, juzgado existente por imperio de las decisiones de las instancias anteriores, se inició en el mes de diciembre de 2005 y finalizó el 9 de junio de 2018; sus efectos patrimoniales, es decir, la comunidad de gananciales, también existió por el mismo periodo de tiempo. Es así, pues ella tiene por presupuesto indispensable la subsistencia de la unión de hecho; y, *a contrario sensu*, producida la separación personal, sucede *ipso facto* la terminación de dicha comunidad de gananciales. No puede ser de otra forma, porque no hay constancia en este proceso de que las partes hayan tenido reconocida su comunidad de gananciales en algún momento anterior.

LEY N° 1/1992 “DE LA REFORMA PARCIAL DE CÓDIGO CIVIL”. UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO. Características. Efectos.

Cabe expresar que no fue hecho controvertido por las Partes el concubinato, sino el inicio de la relación y el tiempo de duración. De constancias procesales no se advierte material probatorio que demuestre el inicio, por lo que ante esa circunstancia, no queda otra alternativa que establecer como inicio Diciembre del 2.005, tal como lo precisaran las Partes según sus respectivos escritos de promoción y contestación de ésta demanda, conforme lo previene el segundo segmento del Artículo 302 del Código Procesal Civil.

En relación al término del matrimonio aparente, cabe expresar que el Acta N° 282, del 8 de Junio del 2.018, labrada por el Juez de Paz con sede en Ciudad Ayolas, se hizo constar que la demandada se retiró del hogar familiar en fecha 2 de Mayo del 2.018 (fs. 30). Además, rolan Certificados de vida y residencia de L.A.A.S., y A.I.B.A., –con fechas 8 de Julio y 8 de Junio del 2.018, respectivamente- en los que constan que residían en el Lote N° 17, de la Manzana N° 29, del “Barrio mil viviendas” en Ciudad Ayolas, coincidiendo los domicilios (fs. 93 y 207).

Entonces, surgen que iniciaron el concubinato en Diciembre del 2.005 hasta el 9 de Junio del 2.018. Vivieron juntos como pareja en forma pública,

estable y singular, tal como diáfana e inexpugnablemente ha precisado el señor Ministro preopinante.

Con respecto a la liquidación de los bienes gananciales, ambos concubinos tienen propiedad en común sobre tales bienes, correspondiendo a cada uno la mitad en virtud a lo dispuesto en Artículos 84 y 87, de la Ley N° 1/92, previa realización de los trámites correspondientes para la liquidación de bienes existentes durante el tiempo establecido en el concubinato entre L.A.A.S., y A.I.B.A.

En cuanto a las Costas en esta Instancia, advirtiendo que ambas Partes no obtuvieron vencimientos totales y dada la forma de juzgamiento, en Derecho a plenitud, corresponde sean impuestas por su orden, con sujeción al Artículo 193 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

C.S.J. Sala Civil 02/11/2021 “L.A.A.S. c/ A.I.B.A. s/ Reconocimiento de Matrimonio Aparente y Disolución y Liquidación de la Comunidad de Gananciales” (Ac. y Sent. N° 73).

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

C U E S T I O N E S:

¿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: JIMÉNEZ ROLÓN, MARTÍNEZ SIMÓN y GARAY.

CUESTIÓN PREVIA, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: esta Sala Civil de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia debe encarar, como cuestión previa, el análisis de la admisibilidad de los recursos. Dicho estudio es propio del control de recurribilidad, al cual la Alzada está obligada *ex officio*.

El art. 403 del Código Procesal Civil dispone que se concederá el recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia contra la sentencia definitiva del Tribunal de Apelación que revoque o modifique la de primera instancia; señala, además, que en el segundo supuesto será materia de recurso sólo lo que hubiere sido objeto de modificación y dentro del límite de lo modificado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por Sentencia Definitiva N° 141 de fecha 22 de noviembre de 2019, el Juzgado Penal de Garantías de la Circunscripción Judicial Misiones, resolvió: “1.- *NO HACER LUGAR a la tacha de la testigo C.C.M., por los motivos y fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.* 2.- *HACER LUGAR a la presente demanda de RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIO APARENTE promovido por el Señor L.A.A.S., en contra de la Señora A.I.B.A., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.* 3.- *NO HACER LUGAR a la demanda de Disolución y Liquidación de la Comunidad Conyugal por los motivos y fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.* 4.- *IMPONER las costas en el orden causado.* 5.- *ANOTAR [...]*” (f. 484 vlt.).

Recurrida que fue la mencionada sentencia definitiva, y tramitados los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial Misiones, por Acuerdo y Sentencia N° 017 de fecha 14 de agosto de 2020, resolvió: “1.- *HACER LUGAR parcialmente a la nulidad de la sentencia recurrida, específicamente del punto dos (2), que HACE LUGAR a la demanda de RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIO APARENTE promovida por el Señor L.A.A.S., contra la Señora A.I.B.A.,* 2.- *IMPONER las costas de la nulidad en el orden causado.* 3.- *HACER LUGAR la demanda de RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIO APARENTE promovida por el Señor L.A.A.S., contra la Señora A.I.B.A., por haber convivido el tiempo comprendido entre octubre de 2.005 a fines del año 2.018, con los efectos jurídicos previstos en Ley 1/92, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución.* 4.- *IMPONER las costas en el orden causado.* 5.- *ANOTAR [...]*” (f. 515).

El recurso de nulidad, de conformidad con el art. 404 del Código Procesal Civil, es un medio para impugnar los vicios de las resoluciones judiciales, consistentes en la violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes. Cuando este recurso procede, el órgano superior debe anular la resolución recurrida y resolver la cuestión de fondo, por imperio del art. 406 del Código Procesal Civil. De este modo, la decisión consecuente no constituye una revocación o modificación de la resolución de la instancia inferior, sino más bien un reemplazo de ella. Resulta así que “[...] *en el caso de que la impugnación se refiera a los vicios que afectan a la sentencia, la inmensa mayoría de los ordenamientos analizados acuerda al tribunal de apelación la doble facultad de declarar la nulidad de aquélla y de sustituirla por otra que dirima el fondo del asunto, concentrando por lo tanto en un*

mismo acto la emisión del juicio negativo (iudicium rescindens) y del positivo (iudicium rescissorium).” (PALACIO, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo. 1982. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo VI. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. pp. 205/206).

Entonces, la resolución del Tribunal de Apelación que anule la del Juzgado inferior y, en consecuencia, resuelva la cuestión de fondo, no solo tiene valor de resolución de segunda instancia, sino también de primera instancia. Por tanto, resulta lógico decir que se crea una ficción donde el *a quo* y el *ad quem* fallan en el mismo sentido a través de una misma resolución, vale decir, existe un pronunciamiento de dos instancias judiciales distintas a través de un mismo instrumento público, dado que la resolución en sí no implica una variación del sentido primigenio adoptado por la instancia inferior con respecto del adoptado en la instancia superior. Ello se refuerza por el hecho de que el citado art. 406 del Rito Civil sólo permite el pronunciamiento de la nulidad cuando el sentido del fallo va a dirigirse a admitir las mismas pretensiones que las ya declaradas como procedentes en la instancia inferior. De lo contrario, si el fallo va a tener un sentido distinto, la nulidad no se pronuncia y se procede a su simple revocación. Esta es la interpretación que se evidencia en la sistemática del recurso de nulidad en el Código Procesal Civil; y la que esta Magistratura sostiene, desde inicios (*vide*: Acuerdo y Sentencia N° 48 de fecha 31 de julio de 2019; y, Acuerdo y Sentencia N° 91 de fecha 30 de septiembre de 2020). Por ello, en los casos en que así sucede, la decisión dictada en la instancia revisora hace cosa juzgada, y ya no puede ser recurrida.

Ahora bien, en este caso, la resolución dictada por el Tribunal de Apelación resuelve anular parcialmente la sentencia definitiva recurrida y hacer lugar a la demanda de reconocimiento de matrimonio aparente al igual que lo hizo el Juzgado de Primera Instancia; es decir, se pronuncia en igual sentido respecto de la procedencia del reconocimiento de matrimonio aparente. Sin embargo, a diferencia del fallo primigenio, el Tribunal inferior consideró que el matrimonio aparente, y la comunidad de gananciales constituida en consecuencia, se dieron en un periodo distinto de tiempo.

En efecto, el Juzgado de Primera Instancia indicó en el “considerando” que: “[...] *si bien la relación sentimental entre actor y demanda se ha iniciado en el año 2003, los presupuestos de vida en común, en forma estable, pública y singular se reúnen recién a partir del año 2005 [...] Termina dentro del cual corresponde aplicar el plazo contenido en el Art. 84 de la ley 1/92*

(4 años por los menos) originándose de esta manera una comunidad conyugal con todos los efectos legales a partir del mes de diciembre del año 2009 hasta el mes de junio de 2018” (sic., fs. 483 vlta./484). A su turno, el Tribunal de Apelación expresó en su “considerando” que: “[...] corresponde hacer lugar a la demanda de RECONOCIMIENTO DE MATRIMONIO APARENTE [...] en el periodo de tiempo comprendido de octubre de 2.005 a fines del año 2.018, con los efectos jurídicos previstos en Ley 1/92” (sic., f. 514 vlta.).

Así pues, por un lado, si bien se colige que el juzgamiento realizado en ambas instancias es coincidente en que existió matrimonio aparente desde el 2005 hasta el 2018 y comunidad de gananciales de 2009 a 2018, ambos órganos jurisdiccionales difieren en la fecha de inicio y finalización de cada uno. El Juzgado de Primera Instancia indicó que hubo matrimonio aparente entre el año 2005 y el mes de junio de 2018, mientras que el Tribunal de Apelación precisó que hubo entre el mes de octubre de 2005 y fines de 2018. Por otro lado, se presenta la misma discordancia en cuanto al periodo en que habría existido la comunidad de gananciales; para el Juzgado inició en diciembre de 2009 y finalizó en junio de 2018, y para el Tribunal inició en octubre de 2005 y finalizó a fines de 2018.

Entonces, el fallo dictado por el Tribunal de Apelación, en lo que hace a la procedencia de la demanda de matrimonio aparente entre 2005 y junio 2018, y a la vigencia de la comunidad de gananciales entre diciembre de 2009 y junio de 2018, no es recurrible ante esta máxima instancia judicial, por imperio de la interpretación que -en buen Derecho- cabe respecto del art. 406 del Rito Civil, arriba enunciada.

En atención a lo expuesto, corresponde declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abogado J.O.M.O., representante convencional de la parte demandada, contra el Acuerdo y Sentencia N° 17 de fecha 14 de agosto de 2020, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial Misiones, en cuanto a la procedencia de la demanda de matrimonio aparente de 2005 a junio de 2018 y a la vigencia de la comunidad de gananciales de diciembre de 2009 a junio de 2018.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: disiento muy respetuosamente de la opinión del Ministro Preopinante, en cuanto a afirmar que corresponde declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad con respecto a los puntos que resuelven la procedencia de la demanda de matrimonio aparente de 2005 a junio de 2018

y a la vigencia de la comunidad de gananciales de diciembre de 2009 a junio de 2018 pues considero que dichos puntos son, en efecto, apelables ante la Corte Suprema de Justicia, por las consideraciones que paso a exponer:

La sentencia dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial que se ha puesto al estudio de esta Sala Civil ha anulado, parcialmente, el pronunciamiento dado por el Juez Penal de Garantías y en consecuencia, ha dictado un fallo sustitutivo con respecto a uno de los puntos del Resuelve del mismo, es decir, se ha pronunciado en lo pertinente sobre el fondo de la cuestión y resuelto el litigio puesto a consideración del órgano jurisdiccional.

Es sabido que el tribunal de alzada tiene la potestad de analizar si los recursos interpuestos fueron concedidos correctamente, puesto que el Art. 417 del Código Procesal Civil faculta a la Alzada a examinar todo lo atinente a la procedencia o admisibilidad de los recursos. De tal forma, corresponde realizar el estudio oficioso de la admisibilidad de los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.S. Nro. 017 del 14 de agosto del 2020.

Ha sido objeto de análisis y ha generado un constante debate doctrinario la posibilidad de recurrir las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación cuando éste, en cumplimiento del Art. 406 del Código Procesal Civil, procedió a resolver el fondo de la cuestión luego de haber declarado la nulidad del fallo elevado para su revisión.

Concordante con lo expresado, es el comentario al Art. 403 del Código Procesal Civil por Fernando Barriocanal cuando expresa: *“En algunas oportunidades existen dudas sobre si la resolución del Tribunal de Apelación es originaria o no, como sería el caso en que éste anule una resolución de Primera Instancia y dicte otra en su reemplazo. Las opiniones al respecto de esta situación están divididas, considerándose por un lado que como la nulidad tiene efecto de considerar que lo anulado no ha existido, la resolución del Tribunal que la reemplaza es originaria; por otro lado, se sostiene que no debe ser considerada como originaria una resolución que resulta de la anulación del fallo impugnado, dado el hecho que el Tribunal no hubiese podido resolver si no se hubiese resuelto la cuestión en primera instancia, por lo que ese juzgamiento del Tribunal que anuló y dictó otra resolución en su reemplazo debe juzgarse como no originaria y, por ende, no susceptible de recurso ante la Corte.”* (Código Procesal Civil Comentado, La Ley Paraguaya, 2015, 2º ed., tomo III, p. 271).

Nos encontramos entonces ante dos posturas dispares: la primera, rechaza la recurribilidad de este tipo de resoluciones al manifestar que, una vez dictado el fallo sustitutivo por el Tribunal de Apelación, se crea una ficción jurídica en la que, virtualmente, al declarar la ineficacia del fallo emitido por el órgano de primera instancia, la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación tiene la fuerza de segunda y primera instancia, entendiendo que en tales casos el *a-quo* y el *ad-quem* fallan en idéntico sentido. Por su parte, la segunda postula que la concesión de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación en los casos mencionados, son procedentes en todos los casos.

En cuanto esta última postura, se hace posible encontrar una pluralidad de motivos que la sustentan, como por ejemplo, en cuanto al declarar la nulidad del pronunciamiento emitido en la primera instancia, se entiende que el fallo que, en consecuencia, dicta el órgano de segunda instancia es originario, dado que resuelve la cuestión tal y como lo debió realizar el primer órgano jurisdiccional encargado de resolver el litigio y, por tanto, debe ser habilitada la vía de la apelación para que pueda obtener un fallo en instancia recursiva y dar cumplimiento al principio de doble instancia.

Sobre el punto, sin dejar de lado lo mencionado en el párrafo anterior, se considera también bajo la corriente de la recurribilidad a los fallos sustitutivos que, a pesar que estos no sean originarios del Tribunal de Apelación, necesariamente debieron ser precedidos por una resolución anterior que haya sido declarada nula para así poder proceder a dictar el fallo en sustitución de lo declarado nulo. Así, una vez declarada la nulidad y privados los efectos de la sentencia definitiva de primera instancia, se torna razonable sostener que no otorgar la apelación contra el fallo sustitutivo sería vulnerar el principio de la doble instancia, puesto que para que este principio se encuentre cumplido, necesita un doble juzgamiento por diferentes grados de jurisdicción, cosa que, de privar los recursos contra el fallo sustitutivo, sólo quedaría un juzgamiento válido en el proceso.

Al respecto, en doctrina se ha desarrollado cuanto sigue: *“El principio admitido en nuestro derecho del doble grado de jurisdicción consiste en que todo litigio excepto en los casos expresamente previstos por la ley, debe poder pasar para su pleno conocimiento por dos tribunales sucesivamente: y este doble grado, en la intención del legislador, representa una garantía de los ciudadanos bajo tres aspectos: a) En cuanto un juicio reiterado hace, por sí mismo, posible la corrección de los errores. b) En cuanto los dos juicios están*

confiados a jueces diferentes. c) En cuanto el segundo juez se presenta como más autorizado que el primero (el pretor respecto del conciliador, el tribunal respecto del pretor, la Corte de apelación respecto del tribunal)." (Principios de Derecho Procesal Civil, CHIOVENDA, José. Traducción de José Casais y Santaló Reus, Madrid, 1925, ps. 488-489). En el mismo sentido, se sostiene: *"excluido que pueden coexistir con la misma eficacia las dos sentencias respectivamente pronunciadas en el procedimiento impugnado y en el procedimiento de impugnación, se entiende que la segunda tiene que sustituir a la primera, por lo cual ella tiene una doble eficacia, negativa y positiva: la eficacia negativa se resuelve en la rescisión de la sentencia anterior, esto es, en hacerla desaparecer; la eficacia positiva consiste en la sustitución de ella, esto es, en ocupar su puesto; según su antiguo modo de expresión, no enteramente claro, se habla en cuanto a la primera de iudicium rescindens, y en cuanto a la segunda, de iudicium rescissorium"* (Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Sentís Melendo, Santiago. Buenos Aires, El Foro, 1997, 1° ed., tomo II, p. 182.) Además, *"el iudicium rescindens juega en todo medio de impugnación, aún en los destinados a obtener, como finalidad esencial, el rescissorium."* (Rivas, Adolfo. Tratado de los recursos ordinarios y el proceso en las instancias superiores. Buenos Aires, Ábaco, 1991, 1° ed., tomo I, p. 49).

Sobre la necesidad de un órgano juzgador distinto al que emitió el fallo sustitutivo: *"Para que esta garantía resulte eficaz, es necesario que el nuevo examen tenga lugar ante un órgano judicial distinto del que primeramente conoció la causa, de modo que el juicio que se despliega ante el segundo juez constituye una confirmación y un control de la sentencia ya pronunciada sobre el mismo objeto por el juez anterior"* (Calamandrei, Piero. Instituciones de derecho procesal civil. Traducción de Setín Melendo, Santiago. Buenos Aires, El Foro, 1996, 1° ed., tomo II, p 58).

Igualmente, reforzando esta postura, se ha sostenido que al anular la sentencia definitiva de primera instancia y dictar un fallo sustitutivo, necesariamente el mismo recae dentro de la esfera del Art. 403 del CPC, norma que expresa que será procedente el recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia deducido contra la sentencia definitiva del Tribunal de Apelación que revoque o modifique la de primera instancia. Ello en atención a que, declarada nula la sentencia de primera instancia, no puede más que entenderse como una revocación o modificación total de la misma, puesto que los errores acaecidos en el dictado de tal resolución, trajeron aparejados

la nulidad del mismo acto, motivo por el cual es pasible de revisión ante la Corte Suprema de Justicia la sentencia definitiva del Tribunal que resuelva la nulidad y, consecuente al estudio de este decisorio, corresponde el estudio del fallo dictado en consecuencia de la nulidad.

Tampoco puede dejarse de lado que, tanto como el *a-quo* es pasible de errores que traigan aparejada la nulidad, como de errores en su juzgamiento que no ameriten la nulidad, pero que merezcan la revocación de lo resuelto por éste, los miembros del Tribunal de Apelación no son menos humanos o menos infalibles que los órganos de primera instancia, motivo por el cual sus resoluciones también son factibles de revisión por un órgano superior.

“Existe así un tribunal de primera instancia, cuya decisión es susceptible de un recurso ante un tribunal de segunda instancia y eventualmente, ante un tercer tribunal, de jerarquía suprema, cuya función es la de ejercitar el definitivo control de legitimidad, constitucional y legal, de las sentencias de los tribunales anteriores.” (Díaz, Clemente. Instituciones de Derecho Procesal. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, 1° ed., tomo II-A, p 145).

Lo cierto y lo concreto en estos casos, es que el hecho de admitir la irrecurribilidad del fallo sustitutivo dictado al anular el pronunciamiento de primera instancia, podría dar pie a generar una no deseable práctica judicial por parte de los Tribunales de Apelación, donde estos, buscando blindar sus propias resoluciones, declaren la nulidad de los fallos de primera instancia por cuestiones inocuas o irrelevantes del proceso o de la resolución en estudio, seguros de que, con tal proceder, sus resoluciones no podrán ser estudiadas por la Corte Suprema de Justicia, órgano jerárquicamente superior, encargado de la revisión de las resoluciones dictadas por los Tribunales de Apelación.

En este escenario, el Tribunal de Apelación se convertiría en el único contralor del cumplimiento del Art. 403 del Código Procesal Civil, decidiendo incluso arbitrariamente los casos que pueden llegar a la Corte Suprema de Justicia y los que no, creando una situación de hecho que bajo la supuesta aplicación restrictiva del derecho, podría dar lugar a un abuso del mismo.

Esta situación ya ha sido advertida con anterioridad en doctrina: *“solución lógica, ya que de lo contrario será el a quo el que detentaría la ‘llave’ del recurso, controlando así las posibilidades de intervención de la alzada de modo de desvirtuar el sistema, porque las causas llegarían a la instancia*

de revisión según el criterio del tribunal sometido, precisamente, a la facultad controladora del órgano destinatario del intento impugnativo” (Rivas, Adolfo Armando. Tratado de los recursos ordinarios y el proceso en las instancias superiores. Ed. Depalma. Tomo II. p. 461. Bs. As. 1991). Por esta razón, se ha reconocido la necesidad de dar poderes, facultades y atribuciones a los órganos de revisión, para no estar constreñidos a la forma de concesión de los recursos, y más aún, para estudiar la denegación de los recursos de revisión, los de apelación y nulidad, mediante el recurso de queja por recursos denegados.

Las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional deben ser fundadas conforme al derecho y, además, debe también atenderse las políticas públicas del Estado, puesto que los magistrados que ejercen la jurisdicción y competencia son, asimismo, integrantes de un poder del Estado, el Poder Judicial, y, en tal sentido, al dictar resoluciones judiciales están ejerciendo el poder otorgado a los mismos. Esta situación no es menos sensible en cuanto a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, puesto que al ser el máximo órgano del Poder Judicial, las decisiones tomadas por los Ministros en sus respectivas salas, dan los lineamientos sobre el ejercicio de la Magistratura y fijan, en definitiva, criterios jurídicos en la resolución de conflictos judiciales que repercuten en la ciudadanía en general.

Con todas estas cuestiones en consideración, estimo admisibles los recursos interpuestos contra las resoluciones sustitutivas dictadas por los Tribunales de Apelación, en virtud del Art. 406 del Código Procesal Civil y, en definitiva, contra todos los puntos del Acuerdo y Sentencia recurrido, incluidos aquellos que resuelven sobre la procedencia de la demanda de matrimonio aparente de 2005 a junio de 2018 y a la vigencia de la comunidad de gananciales de diciembre de 2009 a junio de 2018. Ello sin perjuicio de que el estudio de dichos puntos por parte de esta Sala Civil y Comercial sea realizado en función a lo que haya sido efectivamente objeto de agravio.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: adhiero juzgamiento al del señor Ministro Alberto Martínez simón por compartir idénticas motivaciones.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN DIJO: El recurrente fundó el presente recurso en los términos de su escrito de fs. 523/532. Adujo que la fundamentación del recurso de nulidad fue genérica, sin indicar el vicio que constituía su base. Señaló que la falta de apreciación de hechos corresponde al recurso

de apelación y no al de nulidad. Manifestó que el Tribunal de Apelación se apoyó en un supuesto error de cálculo de la Jueza de Primera Instancia en relación con el tiempo de convivencia de los litigantes como concubinos para declarar la nulidad del fallo. Arguyó que el Tribunal inferior omitió pronunciarse acerca del rechazo de la demanda de disolución y liquidación de la comunidad de gananciales, violando así el principio de congruencia, el debido proceso, y el derecho a la defensa de las partes. Finalmente, solicitó se declare la nulidad del fallo recurrido, y se dicte resolución en su reemplazo, desestimando el recurso de nulidad interpuesto por el actor, declarando desierto el recurso de apelación por falta de fundamentación y disponiendo el reenvío al tribunal que sigue en orden de turno si se considera pertinente, con costas a la adversa en caso de oposición.

La contraparte contestó el traslado en los términos del escrito de fs. 538/543. Manifestó que el Tribunal de Apelación no se extralimitó en sus funciones en el análisis realizado. Indicó que el Tribunal inferior advirtió que el Juzgado de Primera Instancia estaba resolviendo la cuestión de manera contraria a los principios lógicos, incurriendo en arbitrariedad y violación del principio de legalidad al computar el inicio de los efectos de la comunidad conyugal. Adujo que el recurrente falta a la verdad cuando refiere a la omisión de pronunciamiento acerca de la demanda de disolución y liquidación de la comunidad conyugal, pues a f. 13 del fallo recurrido el Tribunal de Apelación se pronuncia al respecto. Por lo expuesto, solicitó se rechace este recurso, con costas.

A fs. 546/548, la Agente Fiscal de la Unidad de Transición Penal, Civil, Comercial, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Fiscalía Regional de San Juan Bautista, Misiones, M.J.V.C., contestó la vista que le fuera corrida. Dijo que el fallo recurrido se halla respaldado por las atribuciones conferidas al Tribunal de Apelación en el art. 406 del Código Procesal Civil. Adujo que la conclusión del Tribunal inferior, de que la convivencia se dio entre los años 2005 y 2018, fue suficientemente fundada, por lo que no puede hablarse de falta de fundamentación. Expresó que disiente de la citada opinión, pero que ello no significa que exista arbitrariedad, pues la resolución fue fundada en la ley y en las circunstancias fácticas de la causa.

Antes de principiar con el análisis del presente recurso, cabe realizar ciertas precisiones en cuanto a aquello que fuera puesto a consideración del Tribunal de Apelación.

De las constancias de autos se desprende que, el Abogado L.I.P. interpuso los recursos de apelación y nulidad contra los apartados segundo, tercero y cuarto de la Sentencia Definitiva N° 141 de fecha 22 de noviembre de 2019 (f. 486), los cuales fueron concedidos por providencia de fecha 04 de febrero de 2020 (f. 487). Al expresar agravios ante el Tribunal de Apelación, el recurrente lo hizo bajo el acápite “*NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN*”, y al final de sus agravios mencionó lo siguiente: “*Dada la incuestionable nulidad absoluta de la resolución, mi parte se abstiene de fundar la apelación, sin perjuicio de incurrir en contradicción con la certeza en tornos a los vicios que nulifican la resolución que incluso hace pasible de inconstitucionalidad por las apuntadas violación de las normas constitucionales*” (sic., f. 494). El Tribunal de Apelación, al tiempo de dictar el Acuerdo y Sentencia, se planteó una única cuestión, la nulidad, conforme surge del fallo examinado en esta instancia (fs. 506/515).

Ahora bien, del escrito de fundamentación de recursos en segunda instancia se desprende que, si bien el allí recurrente indicó fundaba únicamente el recurso de nulidad, sus agravios versaban -realmente- en su mayoría de cuestiones que debían ser tratadas en sede de apelación. De igual forma, leído el “considerando” del fallo de segunda instancia, se ve que existen argumentos de forma y de fondo, es decir, el Tribunal de Apelación juzgó tanto las cuestiones referentes al recurso de nulidad como las referentes al recurso de apelación.

Así pues, la imprecisión de abstenerse de fundar expresamente el recurso de apelación por parte del recurrente en segunda instancia, y la de plantear solo la cuestión de la nulidad por parte del Tribunal de Apelación, no pueden prevalecer sobre aquello que debe entenderse en derecho.

A continuación, corresponde analizar la pertinencia del recurso de nulidad interpuesto.

El art. 15 del Código Procesal Civil dispone: “*Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: [...] b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad.*” Igualmente, el art. 420 del mismo Código establece: “*El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 113 [...]*”

La normativa transcripta consagra la necesidad de la fundamentación de las resoluciones definitivas conforme con el principio de congruencia. Éste puede definirse, según Peyrano, como la “*exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis, incidental o sustantiva, y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que lo dirime*” (PEYRANO, Jorge W. 1978. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea. p. 64).

Los fallos deben, pues, ser congruentes con la forma en que ha quedado trabada la *litis*, bajo pena de nulidad. No pueden resolver *ultra petitum*, es decir, más allá de lo pedido por las partes; *extra petitum*, o sea, fuera de los términos del circuito litigioso; ni *citra petitum*, esto es, omitiendo alguna de las pretensiones deducidas o a alguno de los accionantes o accionados.

Uno de los apartados recurridos ante el Tribunal de Apelación fue el que resolvió el rechazo de la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales. De la resolución recurrida se advierte que, si bien en el “considerando” el Tribunal inferior estudió dicha cuestión, no plasmó lo decidido en el “resuelve”, tal como indicó el recurrente en esta instancia.

Entonces, al no existir pronunciamiento, en la parte resolutive del fallo impugnado, respecto de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, se configura un vicio de incongruencia por *citra petita*, que amerita la declaración de nulidad y el dictado de resolución sustitutiva, en atención a que no es posible aplicar lo dispuesto en el art. 407 del Código Procesal Civil, por ausencia de decisión cuya justeza se pueda revisar.

No obstante, no debe perderse de vista que la parte recurrente en esta instancia es la demandada, por lo que el pronunciamiento respecto de la cuestión omitida no puede vulnerar la prohibición de la *reformatio in peius*.

Por tanto, como no es posible resolver la procedencia de la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales en perjuicio de la parte recurrente, corresponde expresar en un fallo formalmente válido la improcedencia de dicha acción, tal y como lo decidió el Juzgado de instancia originaria, independientemente de que no se comparta el sentido de dicha resolución.

Por otro lado, en el primer apartado del Acuerdo y Sentencia impugnado, el Tribunal inferior resolvió declarar la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia en cuanto a la acción de matrimonio aparente, habiendo consignado el fallo sustitutivo en el apartado tercero; sin embargo, en el “considerando” argumentó que “*no se observa violación del principio*

de congruencia” en la sentencia de primera instancia (sic., f. 511 vlta.). Asimismo, se ve que el motivo por el que finalmente decidió hacer lugar al recurso de nulidad corresponde a una cuestión de fondo y no de forma: el fundamento fue que el Juzgado de Primera Instancia, a pesar de considerar que el matrimonio aparente se dio entre los años 2005 y 2018, le otorgó erróneamente efectos jurídicos recién desde el año 2009.

En ese punto, el fallo es contradictorio, por presentar un error que la doctrina denomina *motivación defectuosa*: “c. *Motivación defectuosa en sentido estricto. La motivación es defectuosa en sentido estricto cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Diríamos, por la investigación realizada, que los casos que se presentan aquí son los menos frecuentes. El caso que quizá se da alguna vez es el de la violación del principio de contradicción (o de no contradicción) [...] que puede traducirse diciendo Nada puede ser y no ser juntamente [...] En Lógica podría enunciarse así: No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto. Va de suyo que la imposibilidad lógica se encuentra basada en la imposibilidad ontológica. El adverbio juntamente tiene un significado temporal cuando hablamos de cosas contingentes. Con ello queremos expresar que, en lugar de decir ‘juntamente’, podríamos manifestar lo dicho utilizando la expresión ‘al mismo tiempo’ y ‘en el mismo sentido’, según sea el caso*” (GHIRARDI, Olsen. 1987. *Lógica del Proceso Judicial*. Buenos Aires: Lerner. pp. 122/123).

Ahora bien, el principio de trascendencia impone que el vicio genere un auténtico perjuicio, cosa que no puede postularse en este caso, pues el matrimonio aparente ya ha sido admitido en las dos instancias anteriores, adquiriendo así autoridad de cosa juzgada; al respecto, se recuerda que esta tercera instancia solo podrá estudiar, en sede de apelación, el periodo de tiempo de su ocurrencia, más no su procedencia sustancial.

Cualquier otro vicio o defecto que pudiera existir en la resolución recurrida será subsanado en sede de apelación, en atención a lo que dispone el art. 407 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: adhiero opinión al voto del Ministro Preopinante, por compartir idénticos fundamentos. No obstante, con respecto al último punto relativo a la existencia de contradicción en el fallo, me permito realizar la siguiente consideración:

En oportunidad de analizar el agravio del apelante relativo a la existencia de contradicción por parte del *ad quem*, el Ministro Preopinante ha sostenido -acertadamente- que en el fallo recurrido se evidencia motivación defectuosa con respecto a lo resuelto sobre la procedencia del reconocimiento del matrimonio aparente entre actor y demandada, y que no obstante ello, el vicio existente no amerita ser declarado puesto que éste no genera perjuicio alguno.

No obstante, si bien comparto la conclusión arribada, disiento en cuanto a su fundamento. En efecto, conforme a lo manifestado por mi parte en oportunidad de analizar la Cuestión Previa, considero que la inexistencia del perjuicio no radica en el hecho de que dicho punto ha adquirido autoridad de cosa juzgada sino que, como se evidencia de las constancias de autos, la inexistencia de perjuicio reside en que la procedencia del reconocimiento del matrimonio aparente no constituye un hecho controvertido en estos autos.

En efecto, ya en oportunidad de contestar la demanda, la accionada se ha allanado parcialmente al reconocimiento del matrimonio aparente (f. 213), disintiendo únicamente, como bien lo reitera en su escrito de expresión de agravios (f. 524), en el plazo de vigencia de la unión de hecho y de sus efectos en cuanto a la comunidad de gananciales.

En estas condiciones, al pasar por alto esta cuestión de motivación defectuosa, el debate se reduce a un mero cuestionamiento formal; en definitiva, al hecho de que, en lugar de declarar la nulidad parcial de la resolución, el recurso de nulidad interpuesto debió haber sido rechazado, los agravios estudiados en sede de apelación y debió haberse resuelto, únicamente, modificar la resolución en lo que refiere al plazo de vigencia de la unión de hecho y el inicio de sus efectos en cuanto a la comunidad de bienes. Sin embargo, esta cuestión en nada incide sobre lo finalmente resuelto en el fallo sustitutivo, que es la procedencia del reconocimiento de la unión, solución a la que se hubiera igualmente llegado de estudiar el Tribunal los agravios como corresponde. Así, a pesar de dicho vicio, no se evidencia la existencia de un perjuicio para la defensa.

Cabe recordar que para que proceda el recurso de nulidad, es menester la existencia de un interés jurídico y la invocación del perjuicio derivado del acto irregular, debiendo tenerse presente que su interpretación, en todos los casos, debe ser estricta, no pudiendo declararse la nulidad de una resolución por el solo interés de la ley y por la satisfacción de cuestionamientos

sustentados únicamente en aspectos formales, cuando no exista un serio interés jurídico comprometido que no pueda solucionarse a través del recurso de apelación, también deducido en estos autos. Al no constituir la procedencia sustancial de la demanda de matrimonio aparente una cuestión controvertida, el recurrente ha fallado en demostrar cuál es el interés que persigue subsanar con la declaración de nulidad de la resolución que recurre, es decir el perjuicio concreto e irreparable que se le ocasiona si no se declara la nulidad de dicho punto de la parte resolutive del fallo impugnado, especialmente si consideramos que lo que efectivamente le agravia al apelante puede ser subsanado por el recurso de apelación¹.

En este sentido, en oportunidad de fundar sus agravios, el recurrente manifestó: *“Centrándonos en lo que es materia de recurso, como se ha dicho, nuestra parte se ha allanado parcialmente a la demanda de matrimonio aparente presentada por el Sr. L.A.A.S., sin embargo, discrepamos con el año de inicio de la relación de unión de hecho formada con nuestra mandante. En efecto, sostenemos que el inicio de la convivencia entre ambas partes data del mes de diciembre de 2005 y que a partir de este año debe computarse los cuatro años exigidos por el citado art. 84 de la Ley 1/92, para tener el derecho a los bienes gananciales de la unión concubinaria ...Reiteramos que, ante el allanamiento parcial de nuestra parte, la relación entre ambas partes ya no se encuentra en discusión, ni tampoco el inicio de la convivencia a partir del año 2005 y que el plazo de cuatro años se cumplió en el año 2009. Ahora bien, la pregunta principal y que es objeto puntual de nuestro agravios es ¿desde cuándo nace el derecho de los concubinos sobre los bienes gananciales?”*

¹ *“Deben observarse dos principios esenciales para considerar el recurso de nulidad: a) excepcionabilidad, es decir, que debe apreciarse con criterio restrictivo; y b) que solamente procede cuando existe interés jurídico lesionado que no pueda ser remediado por la apelación.”* Jurisprudencia Argentina. C2°Civ. y Como Paraná, Sala 1°, 25/6/90; Banco Mesopotámico Cooperativo Limitado (en liquidación por el B.C.R.A.) c. Lawrie, Juan Félix y Romane Eduardo Martín s. Ejecutivo. Zeus, 55-1-179. *“Es presupuesto de procedencia del recurso de nulidad, la demostración fehaciente de la existencia de un daño que no pueda ser reparado sino con dicha declaración”, dado que “no existe nulidad sin perjuicio real”.* CCiv. y Como Ros., Sala 3°, 17/3/94; Sichero, Blanca I. C. Mature, Ana y otros s. juicio ejecutivo. Zeus, 65-R-32 (N° 14934).

ciales y si debemos tener como punto de partida el inicio mismo de la convivencia o a partir del cumplimiento del plazo de los cuatro años exigido por la ley 1/92?" (ver escrito de expresión de agravios, penúltimo y último párrafo de la f. 530).

Consiguientemente, y siguiendo las premisas hasta ahora expuestas, ante este escenario no amerita, en atención al principio de conservación del acto,² declaración de nulidad alguna por falta de trascendencia. En efecto, a pesar de dicha circunstancia, en el proceso y, en especial, de la conducta procesal de las partes, no quedan dudas con respecto a la procedencia sustancial de dicha pretensión, sin perjuicio de que las cuestiones atinentes al período de su ocurrencia y al inicio de sus efectos sean estudiadas en la sede correspondiente, cuya recurribilidad hemos reconocido tanto el suscrito como el Ministro preopinante.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: adhiero juzgamiento al del señor Ministro Alberto Martínez Simón por idénticos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: la parte resolutive de las resoluciones definitivas de las instancias inferiores ya fue transcrita en sede de cuestión previa, por lo que a ella cabe remitirse.

El recurrente expresó agravios en los términos del escrito obrante a fs. 523/532. Alegó que el art. 84 de la Ley 1/92 exige que la relación haya tenido una duración de al menos cuatro años para que el concubino reciba la mitad de los bienes gananciales en caso de que la unión termine por separación de hecho o por muerte de uno de los convivientes. Adujo que su parte se ha allanado parcialmente a la demanda, discrepando con el año de inicio de la relación, el que data del mes de diciembre de 2005, año a partir del cual deben computarse los cuatro años exigidos por el artículo referido para tener el derecho a los bienes gananciales. Finalmente solicitó se revoque el Acuerdo y Sentencia recurrido y se disponga que el derecho sobre los

² El principio de conservación de los actos procesales impone que, de entre varias soluciones dirigidas a tratar el vicio, se escoja la que mantenga la validez del fallo y no la que la comprometa. Dicho en otros términos, cuando la sentencia omite tratar cuestiones o carece de fundamentación, es pasible de nulidad. Ahora bien, cuando los agravios pueden ser reparados por vía de apelación, no corresponde considerar el recurso de nulidad, pues debe estarse al principio de validez del acto jurisdiccional.

bienes que componen la comunidad de gananciales se compute a partir de su nacimiento, esto es, desde el año 2009 hasta el año 2018, con costas en caso de oposición.

Corrido el traslado de rigor, la contraparte contestó dichos agravios en el escrito de fs. 538/541. Expresó que el cómputo del periodo de vigencia de la comunidad conyugal resulta arbitrario. Indicó que sería peligroso e irracional avalar el razonamiento de la Jueza de primera instancia y de la parte recurrente, pues implicaría aceptar que, producida la ruptura del vínculo, se genere un enriquecimiento sin causa a favor de una de las partes y un perjuicio patrimonial respecto de la otra, dejando bienes que son gananciales en una especie de limbo jurídico. Afirmó que en su caso, la mayor parte de los bienes fueron adquiridos y los negocios producidos en el año 2007, dos años antes del plazo considerado en primera instancia. En atención a lo expuesto, solicitó el rechazo de este recurso, con costas.

La Agente Fiscal M.J.V.C. contestó la vista en los términos del Dictamen N° 290 de fecha 15 de marzo de 2021, obrante a fs. 546/548. Refirió que es necesario mantener la perspectiva respecto de la naturaleza del juicio que ocupa. Sostuvo que el matrimonio aparente es una cuestión que interesa al orden social y público porque equivale a equipar los derechos de cada uno de los integrantes de la pareja a los derechos de los cónyuges. En consecuencia, entendió que corresponde dictar resolución confirmando el fallo recurrido.

Conforme con lo expuesto en la cuestión previa, se discute en esta sede el periodo de vigencia del matrimonio aparente entre L.A.A.S., y A.I.B.A., y de la consecuente comunidad de gananciales.

En primer término, se juzgará la vigencia del matrimonio aparente.

En cuanto al inicio del mismo, el actor indicó al promover la demanda que él y la demandada vivieron juntos en la Villa Permanente manzana Q, Lote 42, de Ayolas, desde el año 2005 (f. 103). A su turno, la demandada refirió que la relación se inició a finales del año 2005 (f. 213), lo que reafirmó en sus alegatos (f. 472). Como se vio, el Juzgado de Primera Instancia consideró que ella inició en el año 2005, y el Tribunal de Apelación que empezó, en concreto, a partir de octubre de 2005. Ya en esta instancia, la demandada indicó que: “[...] *la convivencia entre ambas partes data del mes de diciembre del año 2005 y que a partir de este año debe computarse los cuatro años exigidos por el citado art. 84 de la ley 1/92 para tener derecho a los bienes gananciales de la unión concubinaria*” (sic.) (f. 530).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Considerando que la demandada ha reconocido que la unión se inició en diciembre de 2005, y que el actor no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 249 del Código Procesal Civil; ante la orfandad probatoria respecto del inicio del matrimonio aparente con anterioridad al mes de diciembre, no resta sino determinar que en diciembre de 2005 se inició el matrimonio aparente, sin que se pueda precisar la fecha exacta.

En cuanto a su finalización, al promover la demanda el actor indicó que él y la demandada vivieron juntos hasta el 3 de mayo de 2018 (f. 105). Al contestar la demanda, la demandada se allanó a la existencia de la relación, pero controvertió su inicio y nada dijo acerca de su finalización (f. 218). Luego, a f. 30 de autos obra copia autenticada del Acta N° 282 de fecha 8 de junio de 2018 agregada por el actor, en virtud de la cual el Juez de Paz de Ayolas dejó constancia de manifestaciones del accionante en los siguientes términos: *“Que el señor L.A.A.S., viene a manifestar que está estuvo en relación de concubinato con la señora A.B.A. con CI N° desde el año 2003 hasta que la misma se retiró del hogar familiar el día miércoles 02 de mayo del año en curso”* (sic.).

Por otra parte, obra en autos copia autenticada de un certificado de vida y residencia de L.A.A.S., en el cual consta que en fecha **8 de julio de 2018**, el accionante se encontraba viviendo en la Manzana 29, Lote 17, del barrio Mil Viviendas de Ayolas (f. 93) (las negritas son propias); domicilio que coincide con aquél en que residía la demandada en fecha **9 de junio de 2018** conforme con la copia simple de un certificado de vida y residencia de A.I.B.A., agregado por la misma (f. 207) (las negritas son propias).

De lo hasta aquí expuesto se colige que, al menos hasta el 9 de junio de 2018, las partes del presente juicio vivían juntas; lo que tampoco fue cuestionado luego de que el Juzgado de Primera Instancia así lo haya determinado, aunque sin precisar la fecha exacta. Y, como en esta instancia ya solo puede revisarse la vigencia de la relación desde junio hasta finales de 2018, es la fecha que surge de las pruebas la que deberá primar; sobre esto último valga la aclaración: no se otorga carácter de plena prueba a los certificados de vida y residencia, sino simplemente se los considera en cuanto manifestaciones de voluntad oponibles a la parte que los invoca.

En atención a lo expuesto, corresponde declarar que el matrimonio aparente se dio entre diciembre de 2005 y el 9 de junio de 2018.

En cuanto a la comunidad de gananciales, el art. 84 de la Ley 1/92 dispone: *“En la unión que reúna las características del artículo precedente y*

que tuviera por lo menos cuatro años consecutivos de duración se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales, que podrá disolverse en vida de ambos o por causa de muerte; debiendo en los dos casos distribuirse los gananciales entre los concubinos, o entre el sobreviviente y los herederos del otro, por mitades.”.

Al respecto, cabe apuntar que, si bien la normativa referida exige el trascurso del plazo de cuatro años para que se forme la comunidad de gananciales entre los concubinos que cumplan con los requisitos del art. 83 de la Ley 1/92, ello no implica que la misma exista recién luego de transcurrido dicho periodo de tiempo. En efecto, la demanda de reconocimiento de comunidad de gananciales entre concubinos es declarativa, lo que implica que la sentencia que se dicte se limita tan solo a declarar un estado preexistente, y no lo constituye ella misma. Así resulta del art. 87 de la referida Ley especial, que determina la ganancialidad de los bienes adquiridos por cualquiera de los concubinos “durante la vida en común”. Ello significa que los bienes adquiridos durante la unión, pero antes de los cuatro años, una vez cumplido el plazo adquieren la calidad de comunes. La doctrina nacional confirma tal aserto, al expresar: “...lo que hace al transcurso del tiempo es confirmar la unión, pero todos los bienes adquiridos al comienzo de la misma entrarán a formar parte de la comunidad.” (MORENO RUFINELLI, José Antonio. 2005. *Derecho de Familia*. Tomo II. Asunción: Intercontinental. p. 595).

Entonces, como el matrimonio aparente, juzgado existente por imperio de las decisiones de las instancias anteriores, se inició en el mes de diciembre de 2005 y finalizó el 9 de junio de 2018; sus efectos patrimoniales, es decir, la comunidad de gananciales, también existió por el mismo periodo de tiempo. Es así, pues ella tiene por presupuesto indispensable la subsistencia de la unión de hecho; y, *a contrario sensu*, producida la separación personal, sucede *ipso facto* la terminación de dicha comunidad de gananciales. No puede ser de otra forma, porque no hay constancia en este proceso de que las partes hayan tenido reconocida su comunidad de gananciales en algún momento anterior.

En cuanto a las costas en esta instancia, cabe considerar que ninguna de las pretensiones de las partes fue íntegramente acogida. En efecto, la demandada y recurrente obtuvo una modificación en su favor respecto del inicio del matrimonio aparente; lo que no sucedió respecto del inicio de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

comunidad de gananciales. Estas circunstancias, sumadas a las particularidades del caso, la dialéctica de las partes, y lo engorroso de las decisiones inferiores, amerita que las costas se impongan en el orden causado, conforme con lo dispuesto en el art. 193 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: cabe adherir opinión al voto del Ministro Preopinante, por compartir idénticos fundamentos.

En este punto, se hace la aclaración que si bien consideramos que todos los puntos del fallo son apelables (conforme a como fue resuelta la Cuestión Previa), de los términos del escrito de expresión de agravios del apelante y de las constancias de autos se evidencia que ya no se discute en esta instancia la procedencia sustancial de la pretensión del reconocimiento del matrimonio aparente ni su vigencia entre los años 2005 y 2018, por constituir hechos admitidos por las partes (ver fs. 103 y 213) que, establecidos por el *ad quem*, no han sido objeto de agravio por la parte demandada, único apelante en esta instancia (fs. 529/530). En efecto, las únicas cuestiones discutidas versan sobre los meses de inicio y finalización de dicha unión, así como el tiempo a partir del cual se debe considerar que existe comunidad de gananciales entre las partes, cuestiones que han sido debidamente analizadas y resueltas por el Ministro Preopinante, a cuyas consideraciones me remito.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY PROSIGUIÓ DICIENDO: adhiero juzgamiento al del señor Ministro preopinante y agrego cuanto sigue:

La discusión a dilucidar radica en el tiempo que convivieron las Partes y desde cuándo existe la comunidad de gananciales.

Al promover demanda, el actor esbozó que vivió con la accionada desde el año 2.005 hasta el 3 de Mayo del 2018 (fs. 103). La contraria, al contestar se allanó parcialmente a la demanda y esgrimió que convivieron desde finales del 2.005, sin expresar el tiempo de culminación de la relación (fs. 213/8). A.I.B.A., sostuvo que desde el 2.005 debe computarse los cuatro años exigidos en el Artículo 84, de la Ley N° 1/92 para pretender bienes gananciales.

Cabe expresar que no fue hecho controvertido por las Partes el concubinato, sino el inicio de la relación y el tiempo de duración. De constancias procesales no se advierte material probatorio que demuestre el inicio, por lo que ante esa circunstancia, no queda otra alternativa que establecer como

inicio Diciembre del 2.005, tal como lo precisaran las Partes según sus respectivos escritos de promoción y contestación de ésta demanda, conforme lo previene el segundo segmento del Artículo 302 del Código Procesal Civil.

En relación al término del matrimonio aparente, cabe expresar que el Acta N° 282, del 8 de Junio del 2.018, labrada por el Juez de Paz con sede en Ciudad Ayolas, se hizo constar que la demandada se retiró del hogar familiar en fecha 2 de Mayo del 2.018 (fs. 30). Además, rolan Certificados de vida y residencia de L.A.A.S., y A.I.B.A., –con fechas 8 de Julio y 8 de Junio del 2.018, respectivamente- en los que constan que residían en el Lote N° 17, de la Manzana N° 29, del “Barrio mil viviendas” en Ciudad Ayolas, coincidiendo los domicilios (fs. 93 y 207).

Entonces, surgen que iniciaron el concubinato en Diciembre del 2.005 hasta el 9 de Junio del 2.018. Vivieron juntos como pareja en forma pública, estable y singular, tal como diáfana e inexpugnablemente ha precisado el señor Ministro preopinante.

Con respecto a la liquidación de los bienes gananciales, ambos concubinos tienen propiedad en común sobre tales bienes, correspondiendo a cada uno la mitad en virtud a lo dispuesto en Artículos 84 y 87, de la Ley N° 1/92, previa realización de los trámites correspondientes para la liquidación de bienes existentes durante el tiempo establecido en el concubinato entre L.A.A.S., y A.I.B.A.

En cuanto a las Costas en esta Instancia, advirtiendo que ambas Partes no obtuvieron vencimientos totales y dada la forma de juzgamiento, en Derecho a plenitud, corresponde sean impuestas por su orden, con sujeción al Artículo 193 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

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:

SENTENCIA NÚMERO 73

Asunción, 02 de noviembre del 2.021.-

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

R E S U E L V E:

ANULAR PARCIALMENTE el Acuerdo y Sentencia N° 017 de fecha 14 de Agosto del 2.020, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial Misiones, en cuanto a la omisión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

de pronunciamiento en la parte resolutive respecto de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal; y, en consecuencia, ESTABLECER la improcedencia de la acción de disolución y liquidación de la comunidad de gananciales promovida por L.A.A.S., contra A.I.B.A., de conformidad con lo explicado en el considerando de esta Resolución.

MODIFICAR el Acuerdo y Sentencia N° 017 de fecha 14 de Agosto del 2.020, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial Misiones; y, en consecuencia, DECLARAR que el matrimonio aparente y la comunidad de gananciales entre L.A.A.S., y A.I.B.A., iniciaron en el mes de Diciembre del año 2005 y finalizaron el 9 de junio de 2018.

IMPONER las Costas en esta instancia en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Dr. Cesar Antonio Garay, Dr. Eugenio Jiménez Rolón, y el Dr. Alberto Martínez Simón.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna. Secretaria Judicial II

ACUERDO Y SENTENCIA N° 80

***Cuestión debatida:** En el presente fallo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, analiza la procedencia de una demanda de resolución de contrato. Específicamente, se busca determinar a quién es imputable el incumplimiento y consecuentemente juzgar el reclamo de la indemnización de daños y perjuicios reclamado.*

RESOLUCIÓN DE CONTRATO. CONTRATO. De la interpretación del contrato. Validez.

Ahora bien para que sea procedente la resolución es preciso que el incumplimiento sea esencial, pues si reviste escasa importancia y no compromete el interés de la otra, el Juez deberá rechazar la demanda, según reza el Artículo 724 de la misma normativa. Moreno Rodríguez comenta: “*la presente disposición tiene su fundamento en el principio de que los contratos*

deben ser interpretados conforme a la buena fe, consagrado a lo largo del Código Civil tanto expresa (art. 714) como implícitamente. En consonancia con el principio mencionado el contrato no puede ser resuelto si cuando el carácter del incumplimiento es mínimo” (Código Civil de la República del Paraguay Comentado, Tomo V, página 818).

En el caso, no existe controversia respecto a la validez del Contrato privado de compraventa, celebrado el 12 de Julio del 2.013, en el que las Partes pactaron la venta de un Departamento designado como N° 203, ubicado en el segundo piso, bloque A3, del Conjunto habitacional “Torres Libertad”, situado en el Distrito San Lorenzo del Campo Grande

LEY N° 1.183/1985 “CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO” CONTRATO. Contratos bilaterales. De la interpretación del contrato. Obligación de hacer escritura pública.

Se aprecia, pues, que si bien las Partes no pactaron expresamente que el incumplimiento de obligaciones recíprocas acarrearía su resolución, el efecto natural e implícito del incumplimiento es —inexorablemente— la resolución del Contrato, según lo previsto en el Artículo 725 del Código Civil.

En virtud al Contrato, las Partes estipularon obligaciones recíprocas y simultáneas: la vendedora, otorgar Escritura Pública traslativa de dominio, en el plazo de tres meses, desde la firma del Contrato (obligación de hacer) y la compradora, pagar el saldo del precio del inmueble, al momento de la suscripción de la Escritura Pública de transferencia (obligación de dar). Ahora bien, del texto del Contrato surge -diáfano- que la obligación de pagar el precio del inmueble debía ser cumplida en el día de la firma de la Escritura Pública traslativa de dominio, no antes ni después. Dicho de otra manera, el pago del saldo del precio no constituía condición previa para el otorgamiento de la Escritura Pública. Al contrario, la cancelación de pago quedó supeditada al momento de la formalización de la transferencia, cuya tramitación era obligación de la accionada. De esa manera, resulta innegable que el incumplimiento no podía ser atribuido a la accionante, pues primero tenía que cumplir la accionada.

LEY N° 1.183/1985 “CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO”. CONTRATO. Contratos bilaterales. De la interpretación del contrato. Obligación de hacer escritura pública.

En efecto, era la vendedora quien tenía obligación de realizar trámites necesarios para que la transferencia del inmueble quede formalizada, en el plazo convenido. En el caso, no está acreditado que la accionada haya entregado a la Escribana Pública, título de propiedad ni sus antecedentes. Menos aún, que la Fedataria haya solicitado ante la Dirección General de Registros Públicos, los correspondientes Certificados de condiciones de dominio y de anotaciones personales, exigidos para la formalización del Acto Jurídico. A ello cabe agregar que, sobre el inmueble pesa gravamen hipotecario a favor del B.N.T-CONAVI, según consta a fs. 52/65. Si bien la demandada acompañó recibo de *“pago cancelatorio en efectivo del préstamo”* (fs. 50), no se acreditó que tal gravamen haya sido levantado registralmente, condición necesaria para la transferencia *“libre de todo gravamen”* y cuya obligación era a cargo de la vendedora, según quedó acordado en la cláusula tercera del Contrato. De igual manera, se aprecia que, al término del plazo contractual fijado para la escrituración, se adeudaban impuestos inmobiliarios desde el año 2.009, situación que evidencia que la demandada no tenía al día cumplimiento de obligaciones tributarias y así concretar la venta del inmueble a favor de la accionante. Por lo demás, que la compradora haya asumido la obligación de abonar honorarios profesionales *“que demanden en su oportunidad la Escritura Pública”* no significaba -ni por asomo- que estaba obligada a gestionar los trámites administrativos para la formalización de la transferencia, porque esa obligación fue asumida por la adversa.

Esa tarea y cometido personales debían ser cumplidos antes que la compradora realice el pago del saldo del inmueble, según lo acordado expresamente en la cláusula segunda del Contrato, que dice: *“... el saldo restante se compromete y obliga a abonar a la vendedora en el momento de la firma de la correspondiente Escritura Pública traslativa de dominio a su favor.”*

LEY N° 1.183/1985 “CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO” CONTRATO. De la Cláusula penal.

Pues bien, en virtud a la cláusula quinta del Contrato, las Partes convinieron: **“CLÁUSULA PENAL:** Se establece la presente Cláusula penal para el caso de desistimiento de cualquiera de las partes, de la siguiente

forma... B) En caso de que el desistimiento provenga por parte de la VENDEDORA, esta devolverá la suma entregada, por la COMPRADORA en este acto, más una suma de igual valor en concepto de daños y perjuicios, e incumplimiento de este Contrato” (fs. 3/4). Se aprecia que, al estar acreditado el incumplimiento de la accionada, corresponde otorgar a la accionante el monto fijado -libre y voluntariamente- como indemnización de daños y perjuicios, sin que la accionante tenga Derecho a reclamar pena mayor, pues la cláusula penal sustituye la indemnización de daños, como reza el Artículo 454 del Código Civil: “Podrá estipularse una pena para el caso de incumplimiento, total o parcial, o de retardo en la ejecución de una obligación, sea a favor del acreedor o un tercero. En cada uno de esos casos la pena substituye a la indemnización de daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor, aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”.

Por lo expuesto, corresponde condenar a la demandada a devolver a la actora Gs. 10.000.000, monto entregado como parte de pago del precio del inmueble, más la de Gs. 10.000.000, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, ante el incumplimiento contractual, totalizando Gs. 20.000.000 (Guaraníes veinte millones). De igual manera, en virtud al Artículo 765 del Código Civil, la accionante deberá restituir a la demandada el inmueble objeto del Contrato, en el perentorio plazo de diez días de adquirir fuerza y firmeza éste Fallo, bajo apercibimiento que si no lo hiciera será compelida con auxilio de la Fuerza Pública. Los intereses no pueden ser modificados porque su no imposición ha sido consentida por la recurrente.

LEY N° 1.183/1985 “CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO”. CONTRATO. Contratos bilaterales. De la interpretación del contrato. Obligación de hacer escritura pública.

Por lo demás, recuérdese que, en rigor, la obligación de suscribir la escritura pública existe en cabeza de ambas partes, como lo demuestra el tenor literal del art. 701 de Código Civil, en cuanto dice: “*Valdrán, sin embargo, como contratos en que las **partes** se hubieren obligado a cumplir esa formalidad*” (las negritas son propias). Es decir, según el texto de la norma,

ambas partes del preliminar están facultadas para exigir el cumplimiento compulsivo de la obligación -de escriturar- asumida.

Obviamente, el carácter bilateral de la obligación que emerge del supuesto contemplado por el art. 701 del Código Civil no desnaturaliza la obligación principal del vendedor en la compraventa, es decir, de transferir el dominio de la cosa, aunque ésta, en la hipótesis del art. 700 literal “a” del mismo Código, sólo pueda perfeccionarse con la correspondiente escritura pública.

Todavía más, nótese que las obligaciones de pagar el saldo del precio y de transferir el dominio del inmueble, establecidas en las cláusulas segunda y tercera del contrato, son recíprocas. Y, cuando las obligaciones son recíprocas, el cumplimiento debe ser simultáneo, por regla general. Es cierto que la citada regla, propia del sinalagma contractual, no es absoluta; sin embargo, en este caso, no puede entenderse que se excluyó la regla del cumplimiento simultáneo, sino todo lo contrario: se la consagró por voluntad de las partes, al subordinar al mismo plazo el cumplimiento de sus obligaciones: transferir, por una parte, y pagar, por la otra.

Luego, cabe subrayar que las obligaciones quedaron sujetas a un plazo cierto y no a una condición, según surge categóricamente del contrato. Por tanto, es incorrecta la interpretación formulada por la actora a f. 194 en ocasión de contestar el traslado de los recursos en segunda instancia.

En suma, las partes debían cumplir simultáneamente con sus prestaciones y, sin embargo, ninguna lo hizo. Al ser así, ni la actora ni la reconviente pueden ampararse en la facultad resolutoria consagrada en el art. 725 del Código Civil, que está reservada para la parte no incumpliente, o, en los términos de la norma, “[...] que no sea responsable de él [...]”.

En consecuencia, tanto la demanda de resolución de contrato –más daños y perjuicios- como la reconvención de resolución de contrato –más daños y perjuicios y restitución de cosa- no debieran tener cabida.

LEY N° 1.183/1985 “CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO” CONTRATO. Contratos bilaterales. De la interpretación del contrato. Efectos del contrato y su extinción. Obligación de hacer escritura pública.

Sin embargo, las reglas de interpretación subjetiva de los contratos, plasmadas en los arts. 708 -intención común- y 709 -contexto o total- del

Código Civil, necesariamente aplicables a este caso concreto, permiten entender que ambas obligaciones -transferir el dominio vía escritura pública y pagar del saldo del precio- quedaron sujetas, por voluntad de las partes, al plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha del preliminar. En otras palabras, el plazo de tres (3) meses, contemplado en la citada cláusula tercera, comprendió no sólo a la obligación de transferir el dominio, sino también a la obligación de pagar el saldo del precio, ya que ésta debía cumplirse, según la mencionada cláusula segunda, en el momento de la escrituración; ergo, en el mismo plazo. Inclusive, dicha interpretación se ve reforzada por la última parte de la cláusula tercera, que contiene expresamente, además del plazo, una obligación -abonar los gastos de escrituración- de la compradora.

Por lo demás, recuérdese que, en rigor, la obligación de suscribir la escritura pública existe en cabeza de ambas partes, como lo demuestra el tenor literal del art. 701 de Código Civil, en cuanto dice: “*Valdrán, sin embargo, como contratos en que las **partes** se hubieren obligado a cumplir esa formalidad*” (las negritas son propias). Es decir, según el texto de la norma, ambas partes del preliminar están facultadas para exigir el cumplimiento compulsivo de la obligación -de escriturar- asumida.

C.S.J. Sala Civil 01/12/2022 “L.M.O.A. c/ L.Y.B.B. s/ Resolución de Contrato” (Ac. y Sent. N° 80).

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

C U E S T I O N E S:

¿Es nula la Sentencia apelada?.

En caso contrario, está ajustada a Derecho?.

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Garay, Martínez Simón y Jiménez Rolón.

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El impugnante no interpuso Recurso de Nulidad. Sin embargo, al estar el Recurso de Nulidad implícito en el de Apelación, ex Artículo 405 del Código Procesal Civil, cabe revisión oficiosa, en los términos del Artículo 113 de la citada normativa. En tal sentido, no se advierten vicios formales o estructurales que autoricen pronunciamiento. Por tal motivo, corresponde desestimar el Recurso de Nulidad. Así voto.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón dijo: **En cuanto al recurso de nulidad:** Me adhiero al voto del Ministro César Antonio Garay por compartir igual fundamentos.

A su turno el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón dijo: **A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA:** cabe adherir al voto del señor Ministro preopinante, por sus fundamentos.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por S.D. N° 708, del 9 de Diciembre del 2.016, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, resolvió: *“HACER LUGAR con costas, la presente demanda de Resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. L.M.O.A contra la Sra. L.Y.B.B, de conformidad al exordio de la presente resolución, y en consecuencia... NO HACER LUGAR con costas, la presente demanda reconvenicional de Resolución de Contrato e Indemnización de Daños y Perjuicios, promovida por la Sra. L.Y.B.B contra la Sra. L.M.O.A, de conformidad al exordio de la presente resolución, y en consecuencia... CONDENAR, a la parte demandada Sra. L.Y.B.B, firme y ejecutoriada que fuere la presente resolución a abonar a la parte actora la suma de GUARANÍES VEINTE MILLONES (20.000.000) en concepto de daños y perjuicios previsto en la quinta clausula penal del contrato de compraventa, de conformidad al exordio de la presente resolución... ANOTAR”* (fs. 171/76).

Dicha Resolución fue revocada por Acuerdo y Sentencia Número 40, del 18 de Agosto del 2.020, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, que resolvió: *“1.- TENER por desistido el Recurso de Nulidad; 2.- REVOCAR, la SD N° 708 del 09 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno; 3.- HACER LUGAR con costas, a la demanda reconvenicional de Resolución de Contrato e Indemnización de Daños y Perjuicios promovida por L.Y.B.B contra L.M.O.A, quedando la seña de Gs. 10.000.000 otorgada por la compradora en poder de L.Y.B.B en concepto de indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo estipulado en la Cláusula Quinta del Contrato; 4. CONDENAR a L.M.O.A, a restituir el inmueble individualizado como; Departamento 203, Segundo Piso, Bloque A3 del Conjunto Habitacional “Torres Libertad”, ubicado entre las calles Santoral, Rosa Peña de González, las Bahuinias y Ñangapiry del Barrio San Miguel de la Ciudad de San Lorenzo a su propietaria L.Y.B.B, en el perentorio plazo de diez (10) días de adquirir firmeza la presente resolución, bajo apercibimiento de que si así no*

lo hiciere será compelida a realizarlo con auxilio de la fuerza pública; ANOTAR...” (fs. 200/7).

El Abogado R.D.M.Z, en representación de la actora, expresó “agravios” contra los apartados 2, 3 y 4 de la parte resolutive del Fallo impugnado (fs. 215/7). Aseveró el Contrato cuya resolución se solicitó, no estableció disposición que obligue a los contratantes a intimar al otro -con carácter previo a la demanda de resolución de Contrato- afirmando que el verbo “podrá”, utilizado en la redacción del Artículo 728 del Código Civil importaba facultad y no obligación de intimación. Dijo que, el ofrecimiento de pago no era exigible para la procedencia de la demanda por resolución de Contrato. Refirió que no podía entenderse que existió desistimiento de la compradora, porque fue la vendedora quien -dentro del plazo establecido- debió efectuar por cuenta e iniciativa propias, todos los trámites notariales para la formalización de la Escritura Pública traslativa de dominio y, al momento de suscribirla, recibir de la compradora el saldo del precio, en el mismo acto, en Sede notarial. Indicó que la demandada no informó, ni notificó –en el término del plazo pactado- que la Escritura traslativa de dominio estaba lista para ser suscrita. Por tales motivos, sostuvo que la mora en el cumplimiento del Contrato era imputable a la demandada, por lo que debía aplicarse la cláusula penal prevista en el Contrato. En consecuencia, solicitó revocación del Acuerdo y Sentencia recurrido, con Costas.

Corrido traslado a la adversa, fue dictado A.I. N° 317, del 12 de Mayo del 2.022, que resolvió: “*DAR POR DECAÍDO el derecho que ha dejado de usar el Abogado V.C.A.D., para presentar su escrito de contestación del traslado corridole*” (fs. 223).

Se trata de dilucidar si es procedente o no la demanda por resolución de Contrato. Específicamente, determinar a quién le es imputable el incumplimiento y, en su caso, juzgar el reclamo por indemnización de daños y perjuicios.

En efecto, ambas Partes están de acuerdo en que la relación contractual terminó por incumplimiento del Contrato. Sin embargo, cada una de ellas atribuye a la otra la responsabilidad por ese incumplimiento. Para L.M.O.A fue por causa atribuible a L.Y.B.B, al no haber otorgado Escritura Pública traslativa de dominio, en el plazo convenido (fs. 40/1). En tanto, para L.Y.B.B el incumplimiento era imputable -únicamente- a la actora, que omitió pagar el saldo del precio del inmueble, en el plazo convenido (fs. 66/70).

El Artículo 725 del Código Civil, reza: *“En los contratos bilaterales, el incumplimiento de unas de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas...”* (Pacto comisorio tácito). A su vez, el Artículo 726, prevé la posibilidad que los contratantes incorporen al Contrato cláusula resolutoria, en caso que no se cumpla una de las condiciones estipuladas (pacto comisorio expreso).

En cuanto a los efectos de la resolución, el Artículo 729 de la misma normativa, preceptúa: *“La resolución por incumplimiento tendrá efecto retroactivo sólo entre las partes, pero en los contratos de tracto sucesivo las prestaciones, ya cumplidas y las cuotas vencidas quedarán firmes”*. Al respecto, Zannoni expresa: *“La resolución del contrato, en el caso que nos interesa, se traduce in limine en la ineficacia de la relación contractual. No se trata, necesariamente de una ineficacia retroactiva, ex tunc, pues, como se verá, a pesar de la resolución, la retroacción no alcanza ni afecta las prestaciones divisibles que se hubiesen cumplido antes de la resolución en forma parcial, recíproca equivalente”* (Contratos, presupuestos- Efectos de la resolución de los Contratos por incumplimiento, página 296).

En la misma línea jurídica Betti ilustra: *“Lo que se resuelve no es el negocio con todos sus efectos, sino la relación contractual, de tal modo que, entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega, por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas, en el ámbito de un contrato de ejecución continuada o periódica”* (Teoría General del negocio Jurídico, página 373).

Ahora bien, para que sea procedente la resolución es preciso que el incumplimiento sea esencial, pues si reviste escasa importancia y no compromete el interés de la otra, el Juez deberá rechazar la demanda, según reza el Artículo 724 de la misma normativa. Moreno Rodríguez comenta: *“la presente disposición tiene su fundamento en el principio de que los contratos deben ser interpretados conforme a la buena fe, consagrado a lo largo del Código Civil tanto expresa (art. 714) como implícitamente. En consonancia con el principio mencionado el contrato no puede ser resuelto si cuando el carácter del incumplimiento es mínimo”* (Código Civil de la República del Paraguay Comentado, Tomo V, página 818).

En el caso, no existe controversia respecto a la validez del Contrato privado de compraventa, celebrado el 12 de Julio del 2.013, en el que las

Partes pactaron la venta de un Departamento designado como N° 203, ubicado en el segundo piso, bloque A3, del Conjunto habitacional “Torres Libertad”, situado en el Distrito San Lorenzo del Campo Grande. En virtud a la cláusula segunda, se estableció: *“El precio de venta del departamento es de Guaraníes ochenta y cinco millones (Gs. 85.000.000), suma de dinero que la COMPRADORA abona a la VENDEDORA de la siguiente manera: En este acto y a cuenta del precio de venta hace entrega de la suma de GUARANÍES DIEZ MILLONES (Gs. 10.000.000), y el saldo restante de GUARANÍES SETENTA Y CINCO MILLONES (Gs. 75.000.000), se compromete y se obliga a abonar a la VENDEDORA en el momento de la firma de la correspondiente escritura traslativa de dominio a su favor. En la cláusula tercera se acordó: “La VENDEDORA por su parte se compromete y obliga a suscribir la correspondiente Escritura Pública de Transferencia a favor de la COMPRADORA en un plazo no mayor que 3(tres) meses, contados a partir de la fecha del presente contrato. El inmueble deberá estar libre de todo gravamen, restricción de dominio y con todos los impuestos inmobiliarios al día. Los gastos de honorarios profesionales que demanden en su oportunidad la Escritura Pública de transferencia serán abonados por la COMPRADORA”* (fs. 3 y 4).

Se aprecia, pues, que si bien las Partes no pactaron expresamente que el incumplimiento de obligaciones recíprocas acarrearía su resolución, el efecto natural e implícito del incumplimiento es —inexorablemente— la resolución del Contrato, según lo previsto en el Artículo 725 del Código Civil.

En virtud al Contrato, las Partes estipularon obligaciones recíprocas y simultáneas: la vendedora, otorgar Escritura Pública traslativa de dominio, en el plazo de tres meses, desde la firma del Contrato (obligación de hacer) y la compradora, pagar el saldo del precio del inmueble, al momento de la suscripción de la Escritura Pública de transferencia (obligación de dar). Ahora bien, del texto del Contrato surge -diáfananamente- que la obligación de pagar el precio del inmueble debía ser cumplida en el día de la firma de la Escritura Pública traslativa de dominio, no antes ni después. Dicho de otra manera, el pago del saldo del precio no constituía condición previa para el otorgamiento de la Escritura Pública. Al contrario, la cancelación de pago quedó supeditada al momento de la formalización de la transferencia, cuya

tramitación era obligación de la accionada. De esa manera, resulta innegable que el incumplimiento no podía ser atribuido a la accionante, pues primero tenía que cumplir la accionada.

En efecto, era la vendedora quien tenía obligación de realizar trámites necesarios para que la transferencia del inmueble quede formalizada, en el plazo convenido. En el caso, no está acreditado que la accionada haya entregado a la Escribana Pública, título de propiedad ni sus antecedentes. Menos aún, que la Fedataria haya solicitado ante la Dirección General de Registros Públicos, los correspondientes Certificados de condiciones de dominio y de anotaciones personales, exigidos para la formalización del Acto Jurídico. A ello cabe agregar que, sobre el inmueble pesa gravamen hipotecario a favor del B.N.T-CONAVI, según consta a fs. 52/65. Si bien la demandada acompañó recibo de *“pago cancelatorio en efectivo del préstamo”* (fs. 50), no se acreditó que tal gravamen haya sido levantado registralmente, condición necesaria para la transferencia *“libre de todo gravamen”* y cuya obligación era a cargo de la vendedora, según quedó acordado en la cláusula tercera del Contrato. De igual manera, se aprecia que, al término del plazo contractual fijado para la escrituración, se adeudaban impuestos inmobiliarios desde el año 2.009, situación que evidencia que la demandada no tenía al día cumplimiento de obligaciones tributarias y así concretar la venta del inmueble a favor de la accionante. Por lo demás, que la compradora haya asumido la obligación de abonar honorarios profesionales *“que demanden en su oportunidad la Escritura Pública”* no significaba -ni por asomo- que estaba obligada a gestionar los trámites administrativos para la formalización de la transferencia, porque esa obligación fue asumida por la adversa.

Esa tarea y cometido personales debían ser cumplidos antes que la compradora realice el pago del saldo del inmueble, según lo acordado expresamente en la cláusula segunda del Contrato, que dice: *“... el saldo restante se compromete y obliga a abonar a la vendedora en el momento de la firma de la correspondiente Escritura Pública traslativa de dominio a su favor”*.

En esas condiciones, cabe hacer lugar a la demandada por resolución de Contrato, por culpa imputable a la accionada. Ahora bien, resta por establecer si es procedente o no la aplicación de la cláusula penal prevista en el Contrato, dado que, el reclamo por mejoras realizadas en el inmueble, ha sido rechazado en dos Instancias, razón por la cual no es susceptible de revisión, a tenor del Artículo 403 del Código Procesal Civil.-

Pues bien, en virtud a la cláusula quinta del Contrato, las Partes convinieron: *“CLÁUSULA PENAL: Se establece la presente Cláusula Penal para el caso de desistimiento de cualquiera de las partes, de la siguiente forma... B) En caso de que el desistimiento provenga por parte de la VENDEDORA, esta devolverá la suma entregada, por la COMPRADORA en este acto, más una suma de igual valor en concepto de daños y perjuicios, e incumplimiento de este Contrato”* (fs. 3/4). Se aprecia que, al estar acreditado el incumplimiento de la accionada, corresponde otorgar a la accionante el monto fijado -libre y voluntariamente- como indemnización de daños y perjuicios, sin que la accionante tenga Derecho a reclamar pena mayor, pues la cláusula penal sustituye la indemnización de daños, como reza el Artículo 454 del Código Civil: *“Podrá estipularse una pena para el caso de incumplimiento, total o parcial, o de retardo en la ejecución de una obligación, sea a favor del acreedor o un tercero. En cada uno de esos casos la pena substituye a la indemnización de daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor, aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”*.

Por lo expuesto, corresponde condenar a la demandada a devolver a la actora Gs. 10.000.000, monto entregado como parte de pago del precio del inmueble, más la de Gs. 10.000.000, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, ante el incumplimiento contractual, totalizando Gs. 20.000.000 (Guaraníes veinte millones). De igual manera, en virtud al Artículo 765 del Código Civil, la accionante deberá restituir a la demandada el inmueble objeto del Contrato, en el perentorio plazo de diez días de adquirir fuerza y firmeza éste Fallo, bajo apercibimiento que si no lo hiciere será compelida con auxilio de la Fuerza Pública. Los intereses no pueden ser modificados porque su no imposición ha sido consentida por la recurrente.

En consecuencia, la demanda reconvenzional por resolución de Contrato e indemnización de daños y perjuicios deviene improcedente, pues quedó fehacientemente acreditado que el incumplimiento fue de la demandada y no de la actora.

Por las motivaciones explicitadas, cabe en estricto Derecho revocar parcialmente el Fallo impugnado. Las Costas deberán ser impuestas a la

perdidos, con sujeción a los Artículos 192, 203, inciso b), y 205 del Código Procesal Civil, en Tercera Instancia. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón prosiguió diciendo: **En cuanto al recurso de apelación:** Me adhiero a la opinión del Ministerio César Antonio Garay por cuanto coincido con la interpretación de la cláusula 2ª del contrato privado de compraventa, en el sentido que el pago del saldo del precio no constituía condición previa a la transferencia, sino que debía realizarse en simultáneo al momento de firmar la escritura de transferencia de dominio.

Igualmente, coincido en que la atribución de la carga de incoar los trámites notariales a la vendedora es correcta, puesto que por el contrato de fs. 3/4 aquella asumió el compromiso de transferir el inmueble libre de todo gravamen por escritura pública y, para dicho fin, debía llevar a cabo todos los actos conducentes para la transferencia, en cuya categoría se comprende, por lógica, el de petitionar que sea formalizado el acto jurídico a un notario público, previamente facilitar los antecedentes registrales obrantes en su poder al aludido escribano y autorizar que se recaben, de los registros públicos pertinentes, aquellas constancias notariales que sean necesarias, además de abonar los impuestos y cancelar cualquier deuda que grave el inmueble, entre otros.

De las constancias de autos se constata que el único acto tendiente al cumplimiento de esta obligación constituye el del pago de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, el cual fue efectuado un día antes del vencimiento del plazo pactado (fs. 50). Este pago por sí solo es insuficiente, puesto que la demandada siquiera ha probado haberse puesto en contacto con algún escribano público a fin de levantar la inscripción del gravamen e iniciar los trámites notariales faltantes, a efectos de formalizar la transferencia aludida. Y, aun en el hipotético caso que lo hubiera hecho, la proximidad del pago con el término del plazo frustra toda posibilidad de reunir los documentos necesarios y las constancias registrales requeridas para elaborar la escritura traslativa en tiempo oportuno.

A esto debe sumarse que la misma demandada confesó su reticencia a llevar a cabo cualquier acto hasta obtener el pago de la diferencia del precio. Al respecto, dijo: *“nunca vino ella diciéndome acá tengo el dinero para hacer la transferencia y yo no voy a hacer la transferencia sin que se me pague”* (f. 121). La alusión a una condición no pactada como justificativo de

su pasividad solo constituye una confesión de su falta de intención de cumplir con el contrato.

Con esta actitud, la vendedora dejó transcurrir el término de tres meses sin otorgar la escritura traslativa correspondiente. De cara a esto, al igual que el Ministro preopinante, entiendo que debe hacerse efectiva la cláusula penal y condenar a la demandada al pago de Gs. 10.000.000, en concepto de devolución de la seña abonada, más una suma de igual valor en concepto de aplicación de la cláusula penal por incumplimiento contractual. En cuanto al concepto de la condena del pago, corresponde hacerlo, por aplicación de la cláusula penal por incumplimiento contractual, y no entrar a tallar si se produjeron o no daños, puesto que el art. 454 del C.C., establece claramente que el pago de lo pactado corresponde aun cuando se probase que la actora no ha sufrido ningún perjuicio.

Resulta pertinente aclarar que la palabra “desistimiento” utilizada en la cláusula 5ª del contrato; la misma no debe entenderse exclusivamente como desistimiento expreso, y prueba de ello es que ambas partes buscan la aplicación de la cláusula penal del contrato fundados en el desistimiento tácito, atribuido recíprocamente a la adversa, resultante de la inejecución de la obligación correspondiente dentro del plazo de tres meses. Teniendo en cuenta que el propósito de la cláusula penal es el de anticipar las vicisitudes de un incumplimiento contractual y, en su caso, simplificar el cálculo monetario, no tendría sentido restringir su aplicación a la existencia de una manifestación verbal de desistimiento, cuando es evidente que la intención de las partes fue la de disuadir cualquier comportamiento que frustre la transferencia del inmueble, tal como la que se dio en el caso de autos.

Por último, en cuanto a la restitución del inmueble se tiene que el artículo 765 del C.C. expresa: *“Cuando proceda la resolución de la compraventa, el comprador deberá restituir la cosa, y el vendedor lo que hubiere recibido a cuenta del precio, con una disminución equitativa fijada por el juez, en concordancia con la desvalorización de la cosa y el uso que hubiere hecho de ella el comprador”*.

En el caso particular, en cuanto a la restitución peticionada, la misma es obvia consecuencia del efecto retroactivo que se da por la resolución del contrato. Es decir, siendo procedente la resolución del contrato, las cosas deben devolver al estado en que se encontraban antes de la celebración del mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por ende, coincido con el voto del Señor Ministro preopinante, en cuanto al sentido de lo resuelto.

ES MI VOTO.

A su turno el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón prosiguió diciendo: **A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA:** cabe disentir de las opiniones que anteceden sobre la interpretación del preliminar de compraventa y, en consecuencia, respecto de la procedencia de la demanda y la reconvencción.

Por un lado, la cláusula segunda del contrato de fs. 3/4 establece que: *“El precio de Venta del DEPARTAMENTO es de GUARANÍES OCHENTA Y CINCO MILLONES (GS. 85.000.000), suma de dinero que la COMPRADORA abona a la VENDEDORA de la siguiente manera: En este acto y a cuenta de precio de venta hace entrega la suma GUARANIES DIEZ MILLONES (GS. 10.000.000), y el saldo restante de GUARANIES SETENTA Y CINCO MILLONES (Gs. 75.000.000, se compromete y se obliga a abonar a la VENDEDORA en el momento de la firma de la correspondiente Escritura Pública de transferencia de dominio a su favor.”* Por otro lado, la cláusula tercera del mismo contrato dispone que: *“LA VENDEDORA por su parte se Compromete y obliga a suscribir la correspondiente Escritura Pública de transferencia a favor de la COMPRADORA, en un plazo no mayor que 3 (tres) meses, contados a partir de la fecha de presente contrato. El inmueble deberá estar libre de todo gravamen, restricción de dominio y con todos los Impuestos Inmobiliarios al día. Los gastos de honorarios profesionales que demanden en su oportunidad la Escritura Pública de Transferencia será abonado por la COMPRADORA.”*

De las mencionadas cláusulas contractuales es posible interpretar, en principio, que sólo el cumplimiento de la obligación de escriturar *-rectius:* transferir el dominio del inmueble- tiene incorporada la modalidad del plazo: tres meses desde la suscripción del preliminar de compraventa.

La cuestión no es menor porque la demandada –también reconviniente por resolución de contrato- alegó que: *“[...] como consecuencia de haberse configurado la mora por parte de la compradora (L.M.O.A), es decir por el hecho de que la misma no se ha presentado transcurrido los tres meses pactado, le he reclamado en varias ocasiones para su cumplimiento [...] es decir se daban todos los presupuestos necesarios para su cumplimiento, del acuerdo pactado; pero a pesar de eso, la misma siguió reacia a abonar el saldo (Gs. 75.000.000).”*

Sin embargo, las reglas de interpretación subjetiva de los contratos, plasmadas en los arts. 708 -intención común- y 709 -contexto o total- del Código Civil, necesariamente aplicables a este caso concreto, permiten entender que ambas obligaciones -transferir el dominio vía escritura pública y pagar del saldo del precio- quedaron sujetas, por voluntad de las partes, al plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha del preliminar. En otras palabras, el plazo de tres (3) meses, contemplado en la citada cláusula tercera, comprendió no sólo a la obligación de transferir el dominio, sino también a la obligación de pagar el saldo del precio, ya que ésta debía cumplirse, según la mencionada cláusula segunda, en el momento de la escrituración; ergo, en el mismo plazo. Inclusive, dicha interpretación se ve reforzada por la última parte de la cláusula tercera, que contiene expresamente, además del plazo, una obligación -abonar los gastos de escrituración- de la compradora.

Por lo demás, recuérdese que, en rigor, la obligación de suscribir la escritura pública existe en cabeza de ambas partes, como lo demuestra el tenor literal del art. 701 de Código Civil, en cuanto dice: “*Valdrán, sin embargo, como contratos en que las **partes** se hubieren obligado a cumplir esa formalidad*” (las negritas son propias). Es decir, según el texto de la norma, ambas partes del preliminar están facultadas para exigir el cumplimiento compulsivo de la obligación -de escriturar- asumida.

Obviamente, el carácter bilateral de la obligación que emerge del supuesto contemplado por el art. 701 del Código Civil no desnaturaliza la obligación principal del vendedor en la compraventa, es decir, de transferir el dominio de la cosa, aunque ésta, en la hipótesis del art. 700 literal “a” del mismo Código, sólo pueda perfeccionarse con la correspondiente escritura pública.

Todavía más, nótese que las obligaciones de pagar el saldo del precio y de transferir el dominio del inmueble, establecidas en las cláusulas segunda y tercera del contrato, son recíprocas. Y, cuando las obligaciones son recíprocas, el cumplimiento debe ser simultáneo, por regla general. Es cierto que la citada regla, propia del sinalagma contractual, no es absoluta; sin embargo, en este caso, no puede entenderse que se excluyó la regla del cumplimiento simultáneo, sino todo lo contrario: se la consagró por voluntad de las partes, al subordinar al mismo plazo el cumplimiento de sus obligaciones: transferir, por una parte, y pagar, por la otra.

Luego, cabe subrayar que las obligaciones quedaron sujetas a un plazo cierto y no a una condición, según surge categóricamente del contrato. Por tanto, es incorrecta la interpretación formulada por la actora a f. 194 en ocasión de contestar el traslado de los recursos en segunda instancia.

En suma, las partes debían cumplir simultáneamente con sus prestaciones y, sin embargo, ninguna lo hizo. Al ser así, ni la actora ni la reconviniente pueden ampararse en la facultad resolutoria consagrada en el art. 725 del Código Civil, que está reservada para la parte no incumpliente, o, en los términos de la norma, “[...] que no sea responsable de él [...]”.

En consecuencia, tanto la demanda de resolución de contrato –más daños y perjuicios- como la reconvenición de resolución de contrato –más daños y perjuicios y restitución de cosa- no debieran tener cabida.

A estas alturas, cabe discernir cuál debiera ser el pronunciamiento, puesto que, desde cierta óptica, podría concluirse que ambas partes están contestes en que ya no quieren seguir ligadas por el contrato; y que así lo demuestran sus pretensiones en este juicio.

La doctrina no es ajena a este supuesto. Así, en presencia de demandas recíprocas de resoluciones de contratos fundadas sobre el incumplimiento también recíproco, en que las partes sean igualmente responsables o no responsables, aunque existe cierta controversia, la posición prevalente se decanta por la negativa del acogimiento de ambas demandas. Ello, porque la posición favorable, que se sustentaría en el desinterés de las partes recíprocamente manifestado o por mutuo disenso tácito, tropieza contra el principio procesal de correspondencia entre lo peticionado por los litigantes y lo resuelto por el órgano jurisdiccional (*vide*: BIANCA, Cesare Massimo. 2021. *La responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre. pp. 301/302).

Pues bien, no es difícil acoger la solución de la posición prevalente; en efecto, pronunciar la resolución del contrato con justificación en alguna de las figuras señaladas por la doctrina –voluntad sustancial coincidente, mutuo disenso tácito, imposibilidad sobrevenida- importaría, indudablemente, apartarse del principio de congruencia. Esta Magistratura ya ha dicho en reiteradas ocasiones que el principio referido debe respetarse, incluso, en ejercicio de la potestad *iura novit curiae* (*ex plurimis*: Acuerdo y Sentencia N° 69 de fecha 25 de junio de 2020).

JURISPRUDENCIA

En conclusión, corresponde desestimar la demanda de resolución de contrato y de daños e intereses; y así también la reconvencción de resolución de contrato, indemnización de daños y perjuicios y restitución de la cosa prometida en venta.

Las costas del juicio deben ser impuestas a las perdidosas en la demanda y la reconvencción respectivamente, conforme con los arts. 192 y 205 del Código Procesal Civil.

Con lo que se dio por finalizado el Acto firmado S.S.E.E., todo por Ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 80

Asunción, 1 de diciembre de del 2.022.-

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.

REVOCAR PARCIALMENTE el Acuerdo y Sentencia Número 40, del 18 de Agosto del 2.020, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala.

HACER LUGAR a la demanda por resolución de Contrato e indemnización de daños y perjuicios promovida por L.M.O.A contra L.Y.B.B y, en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada, a abonar a la parte actora Gs. 20.000.000 (Guaraníes veinte millones), en concepto de daños y perjuicios, una vez firme y ejecutoriada ésta Resolución.

CONDENAR a L.M.O.A, a restituir el inmueble individualizado como Departamento 203, Segundo Piso, Bloque A3 del Conjunto Habitacional "Torres Libertad", ubicado entre las calles Santoral, Rosa Peña de González, las Bahuinas y Ñangapiry del Barrio San Miguel de la Ciudad de San Lorenzo, a su propietaria L.Y.B.B, en el perentorio plazo de diez (10) días de adquirir firmeza éste Fallo, bajo apercibimiento que si no lo hiciera será compelida a realizarlo con auxilio de la Fuerza Pública.

NO HACER LUGAR a la demanda reconvenccional por resolución de Contrato e indemnización de daños y perjuicios promovida por L.Y.B.B contra L.M.O.A, de conformidad al exordio de ésta Resolución.

IMPONER Costas en ésta Instancia a la perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ministros: Dr. Cesar Antonio Garay, Dr. Alberto Martínez Simón y
Dr Eugenio Jiménez Rolón,
Ante mí: Abg. Pierina Ozuna. Secretaria Judicial II

ACUERDO Y SENTENCIA N° 83

***Cuestión debatida:** El análisis del fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el que se estudia la procedencia o no de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de una demanda civil; específicamente de una demanda de cobro de garantías como consecuencia de un contrato de préstamo. En cuanto a la configuración de la responsabilidad, en este caso se trata de un supuesto de ejercicio abusivo del derecho.*

RECURSO DE NULIDAD. RECURSO DE APELACIÓN. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. ERROR IN IUDICANDO. IN PROCEDENDO.

En efecto, debe evocarse que el recurso de nulidad, a diferencia del recurso de apelación, tiene por objeto el análisis de defectos estructurales del proceso o la resolución, que operan en el campo formal y externo.

Distinto es que los defectos de la resolución impugnada sean de aplicación del derecho, sobre la sustancia tratada en el fallo errores in iudicando, a saber, erróneo encuadre del supuesto normativo al caso, o erróneas conjeturas sobre el contenido de la norma, pero vertidas en el análisis.

Echando mano de esas distinciones, se puede plantear correctamente el campo en el que opera el vicio de incongruencia: Las pretensiones de las partes, además de fijar el límite de actuación del órgano, también le imponen la obligación correlativa de expedirse sobre cada una de ellas; cuando estas condiciones se encuentren insatisfechas, de ordinario se tendrá un vicio que es propio del recurso de nulidad.

RECURSO DE APELACIÓN. RECURSO DE NULIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. ERROR IN IUDICANDO. IN PRO-CEDENDO.

Mientras que, si se encuentran atendidas las cuestiones planteadas según el ordenamiento jurídico, con una motivación expuesta a su respecto, aquellas condiciones se encontrarán satisfechas, por lo que se supera el escenario de la nulidad; y si se considera que existe una mala aplicación del derecho, la corrección o incorrección del fallo se resolverá en cuestiones de juzgamiento in iudicando, propias del recurso de apelación, mas no existirá vicio de incongruencia.

Luego, cuando la congruencia se encuentre comprometida por falta de declaración sobre el derecho de los litigantes, en cuyo caso encuentran sus intereses desatendidos, se configura la citra petición como causal de nulidad.

Nótese, pues, que el vicio apuntado se configura cuando las pretensiones o defensas no fueron juzgadas en su totalidad, sin provisión de fundamentos, pero, por otro lado, no es nula la sentencia cuando de su conjunto se siga que no se han tenido en cuenta cada uno de los argumentos.

Como desde ya puede verse, tal no es el caso que nos ocupa. En efecto, el Tribunal no desconoció la existencia de una pretensión indemnizatoria, cuyo estudio debe tener andamiaje una vez superado el escollo de la prescripción. Antes bien, reconoció su existencia, pero juzgó que su suerte debía ser decidida por el órgano de origen, con base en el principio de la doble instancia.

De tal suerte, los agravios del recurrente se resuelven en una su-puesta subsunción errónea del supuesto de hecho a la norma procesal; no se configura, pues, citrapetición alguna; lo cual no equivale a decir que tal obrar fue correcto. Sencillamente, se descarta que la circunstancia verificada sea causal de nulidad; pero su corrección o incorrección es una cuestión in iudicando, que debe ser evaluada en sede de apelación.

Luego, al no existir otros vicios o defectos que justifiquen la declaración oficiosa de nulidad, corresponde desestimar la nulidad pretendida

RECURSO DE NULIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. PRINCIPIO DE PLENITUD.

De la fundamentación del fallo recurrido, surge que el Tribunal de Apelación, luego de desestimar la excepción de prescripción, ordenó el reenvío del caso al Juzgado de origen para el juzgamiento del fondo del asunto.

Es cierto que la decisión de reenviar el caso importó una omisión de pronunciamiento sobre el mérito. Ahora bien, aquí no se trata de una simple incongruencia por citra petita, ya que los Jueces fundamentaron la decisión de no expedirse en el deber de respetar el principio de doble instancia (f. 224).

Naturalmente, esa opinión de los Jueces de baja instancia es errónea, porque soslaya el principio de plenitud de jurisdicción, ya explicado por el Ministro preopinante, que rige en nuestro sistema.

Sin embargo, comoquiera que sea, se trata de un error de juicio sobre el alcance de los poderes del órgano de revisión, que no tiene entidad para configurar un vicio nulidificante, precisamente por no tratarse de una violación directa del deber de expedirse ex arts. 160 y 420 del Código Procesal Civil.

En consecuencia, los agravios de la recurrente sobre el fondo del asunto deberán juzgarse en la sede apropiada.

No advirtiéndose vicios que ameriten un pronunciamiento oficioso en los términos del art. 113 del Rito Civil, debe desestimarse el recurso de nulidad, por improcedente.

RECURSO DE APELACIÓN. RECURSO DE NULIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. (Voto en disidencia)

Como se podrá advertir, ese fue el juzgamiento del Ad-quem. Preliminarmente, cabe señalar que en la Parte dispositiva del Fallo se omitió pronunciamiento concerniente al Recurso de Nulidad. Si bien al fundamentar fue atendido, no es menos cierto que el Tribunal haya subsanado esa omisión, surgiendo manifiestamente el primer vicio de incongruencia.-

Siguiendo con la revisión del Fallo recurrido, se aprecia diáfananamente que juzgó la Excepción de prescripción opuesta y revocó la Sentencia dictada por el A-quo, decisorio en el que no fue atendida ni juzgada el mérito de la cuestión debatida –la procedencia o no de la indemnización- como es de rigor e inexorable.

Es dable resaltar que la decisión tiene que sentenciar todas las pretensiones incoadas. El Principio de Congruencia se vulnera cuando la Sentencia decide -como en este caso- *citra petitum*, omitiendo juzgamiento que concierne sobre procedencia o no del Juicio por indemnización incoado.

Dicha cuestión fue inobservada por los Conjueces, quienes sólo pronunciaron decisión concerniente a Excepción de prescripción, afectando las entelequia, estructura, razonabilidad y completitud en el decisorio, que soslaya la defensa en Juicio, inevitablemente, con afectación irreparable al *due process of law*.

Se constata razonablemente que ese fallo se ubica en abierta contravención a los Artículos 15 y 420, del Código Procesal Civil.

Por las motivaciones pergeñadas, corresponde en Derecho a plenitud, declarar la nulidad del Fallo impugnado, según lo dispuesto en el Artículo 404, del Código Procesal Civil.

Finalmente, al declarar la nulidad del decisorio y para preservar irrestrictamente- el Principio de doble Instancia, cabe en estricto Derecho remitir el Juicio al Tribunal que sigue en orden de Turno, a fin que resuelva lo que corresponda en Ley. Es mi Voto.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS y PERJUICIOS. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Ejercicio abusivo del derecho.

En estos autos, se cuestiona la procedencia de una defensa de prescripción opuesta al progreso de una demanda de daños y perjuicios extracontractual.

Desde ya, cabe descartar que el pedido de deserción de recursos pueda tener andamiaje favorable, desde que existe una crítica razonada al fallo por parte del recurrente.

En cuanto a la prescripción invocada, debe tenerse presente que la demanda resarcitoria tiene como fuente el supuesto actuar ilícito del demandado en tres ocasiones distintas: cada ocasión versa en una demanda judicial intentada contra el actor, que se reputan de abusivas, a saber: 1) N.S.A. C/ F.A.Q. S/ PREPARACIÓN DE ACCIÓN EJECUTIVA”, del año 2007; 2) “N.S.A. C/ F.A.Q. Y OTROS S/ PREPARACIÓN DE ACCIÓN EJECUTIVA”; 3) “N.S.A. C/ F.A.Q.D. y N.V.R. S/ COBRO DE GUARANÍES”.

A los efectos de un correcto encuadre de las pretensiones indicadas, debe evocarse que el ejercicio del derecho subjetivo de acción, de suyo, no

constituye un antijurídico. Tal calificación obedece a condiciones especiales que se presentan en el modo de ejercer el derecho; es decir, se trata de un abuso de un derecho reconocido: “es inconcebible que el ejercicio del derecho, consentido, lícito en su esencia se pueda calificar de antijurídico. Ejercicio abusivo del derecho es una expresión impropia, que en realidad designa una forma de lo ilícito. Por consiguiente, el perjuicio causado por el abuso del derecho se incluye en el daño antijurídico. (...) El que traspasa uno de estos límites obra ilícitamente, con las consecuencias jurídicas que ello puede producir”. (De Cupis, Adriano. “El Daño”. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial BOSCH. Barcelona, España. 1975. Página 104/105).

Esto nos permite aplicar el plazo prescripcional de dos años, ex art. 663, lit. “f”, del C.C., sin mayores consideraciones.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS y PERJUICIOS. DOLO. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Ejercicio abusivo del derecho.

Al efecto, cabe recalcar que el acto de promover demandas a fin de reclamar derechos subjetivos que se consideran conculcados, no constituyen per se hechos ilícitos, salvo un ejercicio abusivo o malicioso de esta facultad, lo cual torna ilícita la conducta. Es decir, el ejercicio de un derecho podría derivar en un actuar antijurídico desde la perspectiva civil, cuando se efectúa con una finalidad no prevista para ese derecho o extralimitando indebidamente su alcance, su extensión o su sentido.

La promoción de una acción, de cualquier tipo, en principio no puede constituirse en un acto ilícito, pues implica el mero ejercicio de un derecho reconocido en el artículo 40 de la misma Constitución Nacional, cual es el derecho de peticionar, que encaminado a los órganos de Justicia, reconoce el nombre de acción procesal. Por ende, en principio, la deducción de cualquier acción procesal no reviste el carácter de ilícito.

Para que se configure la obligación de indemnizar, como consecuencia del ejercicio del derecho de accionar, el planteamiento de la acción debió ser realizado de forma tal que implique un acto doloso o notoriamente culposo. Es así que, en esta clase de demandas indemnizatorias la antijuridicidad se encuentra muy ligada al factor atributivo de responsabilidad, pues para que el ejercicio del derecho a accionar judicialmente –acto lícito- se deforme en un acto ilícito, se debe comprobar que el agente actuado con dolo o culpa notoria.

La conducta es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño; trasladado al caso de autos, sería necesario que exista una demanda promovida por parte de la demandada, habiendo actuado esta con plena conciencia de que no poseía derecho alguno a reclamar. En cambio, se considera culposa, en los casos en que si bien no media intención de dañar, existe uno de los elementos configurativos de la culpa, negligencia, imprudencia o impericia.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. PRUEBA. Carga probatoria.

Así pues, la configuración de la antijuridicidad está, en este caso, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución, que en materia civil no solo es doloso sino también culposo.

Luego, en los ilícitos civiles, la imputabilidad subjetiva es dolosa cuando hay intención de provocar el daño; y es culposa cuando, sin mediar esta intención, existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia.

En el caso, el actor afirmó, en todo momento, que la demanda ordinaria por cobro de guaraníes que la ahora demandada promovió en su contra, fue maliciosa, dolosa y con el afán específico de perjudicarlo.

Como puede verse, el actor imputó a la demanda, específicamente, el factor de atribución dolo, por lo que carga con la prueba de su configuración.

Revisadas las constancias del proceso ordinario promovido contra el actor, no surge ninguna prueba que demuestre el mencionado factor de atribución.

Antes bien todo lo contrario: la demanda fue promovida atribuyéndose al menos una obligación cartular al actor (fs. 11/15 de ese juicio), de la que éste se defendió con prescripción y falta de acción (fs. 73/79 de ese juicio).

Como bien dijo el señor Ministro preopinante al juzgar el fondo del asunto, la hoy demandada tenía en su poder un título de crédito que le daba razones fundadas de tener derecho a demandar al actor, por lo que no debe verse nada de extraño ni de abusivo en ello.

Por lo demás, la circunstancia de que el actor haya vencido en las defensas que opuso en el juicio ordinario (vide: fs. 92 vlta., 126 vlta. y 137

de ese juicio), no significa que la demanda haya sido promovida con el exclusivo afán de perjudicarlo, sino simplemente que no se pudo demostrar su procedencia.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS y PERJUICIOS. DOLO. PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

Esto es especialmente claro respecto de la excepción de prescripción, que es una defensa a la que el deudor puede renunciar; en otras palabras, el acreedor que ejercita una acción prescripta no incurre por ello en dolo ni en abuso del derecho, desde que el deudor perfectamente puede renunciar a oponer la defensa, actitud que el acreedor no conocerá sino hasta que la defensa sea o no sea opuesta por el interesado. Lo propio debe decirse de la falta de acción: si el actor no pudo demostrar la legitimación que alegó, no por ello la demanda se torna abusiva; de lo contrario, siempre que una demanda se rechace por falta de pruebas, habrá responsabilidad civil, lo cual es absurdo.

En suma, para que la demanda civil se considere abusiva por el factor de atribución dolo no basta con que se desestime, sino que deben probarse otros hechos que demuestren la intención específica del actor de perjudicar al demandado.

Este, evidentemente, no ha sido el caso de autos, por lo que corresponde desestimar la demanda, por improcedente.

C.S.J. Sala Civil 14/12/2022 “F.A.Q. C/ F.N. S.A. S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS” (Ac. y Sent. 83)

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

¿Son admisibles los Recursos interpuestos?.-

¿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: MARTÍNEZ SIMÓN, JIMÉNEZ ROLÓN y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: La recurrente afirma que la resolución recurrida atenta contra las formas o solemnidades que prescriben las leyes,

por lo que solicita que, en virtud al Art. 404 del C.P.C., se declare la nulidad de la resolución impugnada.

Al efecto, señala que el Tribunal, una vez rechazada la defensa de prescripción, omitió el tratamiento y resolución de la pretensión principal – resarcimiento de daños- incoada en la demanda, la cual, a su vez, fuera objeto de impugnación. Por tanto, sostiene que existe un vicio de incongruencia *citrapetita*, al no haberse pronunciado sobre el fondo de la controversia discutida en el presente proceso una vez descartada la defensa de prescripción opuesta.

Agrega, además, que el reenvío al juzgado de origen ordenado por el Tribunal, a fin de que éste se expida sobre la cuestión de fondo, se contrapone a las disposiciones procesales, pues al no existir una instancia que proseguir correspondía al tribunal expedirse sobre la cuestión de fondo.

Para un correcto encuadre del asunto, veamos el escenario procesal que nos ocupa: promovida una demanda de daños, en la instancia ordinaria el Juzgado de origen resolvió, por S.D. N° 206 del 20 de noviembre de 2017: “HACER LUGAR a la excepción de prescripción liberatoria opuesta contra el progreso de la demanda por la Firma N. S.A. por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia.- RECHAZAR la demanda instaurada por el señor F.A.Q, por improcedente. IMPONER las costas a la parte actora que resultó vencida.” (fs. 184/187).

Posteriormente, el Señor F.A.Q presentó recursos contra tal resolución, dictando, en consecuencia el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial de Concepción el Acuerdo y Sentencia N° 127 del 23 de diciembre de 2019 por el que resolvió: “REVOCAR la S.D. N° 206 de fecha 20 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del tercer turno, por los fundamentos y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución. REENVIAR la presente causa al Juzgado de Origen para la prosecución de la instancia. COSTAS a la perdidosa...” (fs. 221/224, negritas son propias).

Tenemos así que el Tribunal, al estudiar la prescripción resuelta por el Juzgado de origen, decidió: a) rechazar la excepción de prescripción opuesta como medio general de defensa y b) reenviar la causa al juzgado de primera instancia a fin que estudie el fondo de la cuestión sometida a estudio. Vale decir, en vez de resolver pronunciarse sobre la demanda de daños,

resolvió el reenvío de los autos para que el Juzgado se pronuncie sobre el mérito de la cuestión.

De cara a tales hechos y a los argumentos expuestos por el recurrente, se impone la necesidad de precisar el contenido del recurso de nulidad y la manera en la que se configura la causal puntualmente alegada –citrapetición- para lo cual, resulta inexorable echar mano de premisas conceptuales.

En efecto, debe evocarse que el recurso de nulidad, a diferencia del recurso de apelación, tiene por objeto el análisis de defectos estructurales del proceso o la resolución, que operan en el campo formal y externo.

Distinto es que los defectos de la resolución impugnada sean de aplicación del derecho, sobre la sustancia tratada en el fallo errores in iudicando, a saber, erróneo encuadre del supuesto normativo al caso, o erróneas conjeturas sobre el contenido de la norma, pero vertidas en el análisis.

Echando mano de esas distinciones, se puede plantear correctamente el campo en el que opera el vicio de incongruencia: Las pretensiones de las partes, además de fijar el límite de actuación del órgano, también le imponen la obligación correlativa de expedirse sobre cada una de ellas; cuando estas condiciones se encuentren insatisfechas, de ordinario se tendrá un vicio que es propio del recurso de nulidad.

Mientras que, si se encuentran atendidas las cuestiones planteadas según el ordenamiento jurídico, con una motivación expuesta a su respecto, aquellas condiciones se encontrarán satisfechas, por lo que se supera el escenario de la nulidad; y si se considera que existe una mala aplicación del derecho, la corrección o incorrección del fallo se resolverá en cuestiones de juzgamiento -in iudicando-, propias del recurso de apelación, mas no existirá vicio de incongruencia.

Luego, cuando la congruencia se encuentre comprometida por falta de declaración sobre el derecho de los litigantes, en cuyo caso encuentran sus intereses desatendidos, se configura la citra petición como causal de nulidad.

Nótese, pues, que el vicio apuntado se configura cuando las pretensiones o defensas no fueron juzgadas en su totalidad, sin provisión de fundamentos, pero, por otro lado, no es nula la sentencia cuando de su conjunto se siga que no se han tenido en cuenta cada uno de los argumentos.

Como desde ya puede verse, tal no es el caso que nos ocupa. En efecto, el Tribunal no desconoció la existencia de una pretensión indemnizatoria,

cuyo estudio debe tener andamiaje una vez superado el escollo de la prescripción. Antes bien, reconoció su existencia, pero juzgó que su suerte debía ser decidida por el órgano de origen, con base en el principio de la doble instancia.

De tal suerte, los agravios del recurrente se resuelven en una su- puesta subsunción errónea del supuesto de hecho a la norma procesal; no se configura, pues, citrapetición alguna; lo cual no equivale a decir que tal obrar fue correcto. Sencillamente, se descarta que la circunstancia verifi- cada sea causal de nulidad; pero su corrección o incorrección es una cuestión in iudicando, que debe ser evaluada en sede de apelación.

Luego, al no existir otros vicios o defectos que justifiquen la declara- ción oficiosa de nulidad, corresponde desestimar la nulidad pretendida.

A SU TURNO, EL MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ DIJO: cabe di- sentir del voto del Ministro preopinante.

De la fundamentación del fallo recurrido, surge que el Tribunal de Apelación, luego de desestimar la excepción de prescripción, ordenó el reen- vío del caso al Juzgado de origen para el juzgamiento del fondo del asunto.

Es cierto que la decisión de reenviar el caso importó una omisión de pronunciamiento sobre el mérito. Ahora bien, aquí no se trata de una simple incongruencia por citra petita, ya que los Jueces fundamentaron la decisión de no expedirse en el deber de respetar el principio de doble instancia (f. 224).

Naturalmente, esa opinión de los Jueces de baja instancia es errónea, porque soslaya el principio de plenitud de jurisdicción, ya explicado por el Ministro preopinante, que rige en nuestro sistema.

Sin embargo, comoquiera que sea, se trata de un error de juicio sobre el alcance de los poderes del órgano de revisión, que no tiene entidad para configurar un vicio nulidificante, precisamente por no tratarse de una vio- lación directa del deber de expedirse ex arts. 160 y 420 del Código Procesal Civil.

En consecuencia, los agravios de la recurrente sobre el fondo del asunto deberán juzgarse en la sede apropiada.

No advirtiéndose vicios que ameriten un pronunciamiento oficioso en los términos del art. 113 del Rito Civil, debe desestimarse el recurso de nulidad, por improcedente.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: En cuanto al Recurso de Nulidad: Por el Fallo recurrido se resolvió:

“REVOCAR la S.D. N° 206 de fecha 20 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Tercer Turno, por los fundamentos y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución; REENVIAR la presente causa al Juzgado de Origen para la prosecución de la instancia; COSTAS a la perdidosa; ANOTAR...” (fs. 221/4).

Como se podrá advertir, ese fue el juzgamiento del Ad-quem. Preliminarmente, cabe señalar que en la Parte dispositiva del Fallo se omitió pronunciamiento concerniente al Recurso de Nulidad. Si bien al fundamentar fue atendido, no es menos cierto que el Tribunal haya subsanado esa omisión, surgiendo manifiestamente el primer vicio de incongruencia.-

Siguiendo con la revisión del Fallo recurrido, se aprecia diáfananamente que juzgó la Excepción de prescripción opuesta y revocó la Sentencia dictada por el A-quo, decisorio en el que no fue atendida ni juzgada el mérito de la cuestión debatida –la procedencia o no de la indemnización- como es de rigor e inexorable.

Ello es de fácil comprobación, pues, a fs. 224 -primer párrafo- argumentó: “...En cuanto al pedido del recurrente en su escrito de expresión de agravios bajo el título –ESTUDIO Y RESOLUCIÓN SOBRE CUESTIONES DE FONDO- vemos que la Sentencia Definitiva N° 206 de fecha 20/11/2017, dictada por el Juez Abg. Oscar Cantero Zarza, éste Rechaza la demanda solicitada por F.A.Q, en razón que se hizo lugar a la excepción de prescripción liberatoria opuesta por la firma N. S.A., es decir éste Juez no ha estudiado el fondo de la cuestión planteada por el demandante ya que ha hecho lugar al pedido de la excepcionante. Creemos gravitante el pronunciamiento en primera instancia sobre las pretensiones procesales que no han tenido respuesta jurisdiccional. Ello debe ser así, porque la garantía de la doble instancia o instancia revisora, es parte fundamental de las máximas de las garantías que es el debido proceso...”.-

Contra ese fallo la Abogada T. de J. E., en representación de N. S.A., interpuso Recursos de Nulidad y Apelación. Por el primero, expresó que la Resolución es incongruente e irregular por omitir tratamiento y sentenciamiento de la pretensión principal. Además que en la Parte dispositiva no se pronunció acerca del Recurso de Nulidad, por lo que inobservó preceptos imperativos insanablemente, conculcando las formas y solemnidades previstas en el Artículo 404, del Código Procesal Civil.

El Principio de Congruencia se encuentra en el Artículo 15, inciso b), del Código Procesal Civil, que reza: “Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: a); b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena nulidad...”. El Artículo 159 de dicha normativa preceptúa: “La sentencia definitiva de primera instancia, destinada a poner fin al litigio, deberá contener, además: a); b); c); d); e) la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes, y, en consecuencia condenando o absolviendo de la demanda o reconvención, en su caso, en todo o en parte.

En igual sentido, el Artículo 420, del Código Procesal Civil, norma: “Poderes del Tribunal. El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 113. No obstante, deberá resolver sobre los intereses, daños y perjuicios, u otras cuestiones accesorias derivadas de la sentencia de primera instancia”.-

Es dable resaltar que la decisión tiene que sentenciar todas las pretensiones incoadas. El Principio de Congruencia se vulnera cuando la Sentencia decide -como en este caso- citra petitum, omitiendo juzgamiento que concierne sobre procedencia o no del Juicio por indemnización incoado.

Dicha cuestión fue inobservada por los Conjueces, quienes sólo pronunciaron decisión concerniente a Excepción de prescripción, afectando las entelequia, estructura, razonabilidad y completitud en el decisorio, que soslaya la defensa en Juicio, inevitablemente, con afectación irreparable al due process of law.

Se constata –razonablemente- que ese Fallo se ubica en abierta contravención a los Artículos 15 y 420, del Código Procesal Civil.

Por las motivaciones pergeñadas, corresponde en Derecho a plenitud, declarar la nulidad del Fallo impugnado, según lo dispuesto en el Artículo 404, del Código Procesal Civil.

Finalmente, al declarar la nulidad del decisorio y para preservar –irrestrictamente- el Principio de doble Instancia, cabe -en estricto Derecho- remitir el Juicio al Tribunal que sigue en orden de Turno, a fin que resuelva lo que corresponda en Ley. Es mi voto.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: EL MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: la parte recurrente expresa agravios en los términos del escrito de fs. 237/267. En síntesis afirma que la demanda no puede tener andamiaje favorable por tres razones: a) no se encontrarían configurados los elementos de responsabilidad civil, tales como antijuridicidad, factor subjetivo de atribución, relación de causalidad y daños; b) no existió- en sede penal- calificación de uso abusivo del derecho; c) la acción fue promovida ya prescripta. En efecto, en cuanto a) afirma que su parte ha iniciado acciones contra la actora en su carácter de acreedora cambiaria de acuerdo a la normativa civil aplicable; de ello deduce que no existe antijuridicidad en el ejercicio de su derecho. Por otro lado, afirma que para configurarse antijuridicidad con el presente, su conducta debió ser calificada en sede penal.

Luego, prosiguió afirmando que desde la fecha del ilícito alegado a la promoción de la demanda trascurrió el plazo de prescripción del art. 647, inc. "a" del C.C. Finalmente, niega que los daños alegados sean resarcibles. En definitiva, solicito la revocación de la sentencia y el rechazo de la demanda resarcitoria promovida.

La parte contraria contesta los agravios a tener de su escrito de fs. 270/274. Afirma, primeramente, que la recurrente no hizo una exposición razonada de los motivos que fundan su apelación. Por otro lado, afirma que la fundabilidad de la demanda resarcitoria no se encuentra en discusión en esta sede, que debe limitarse a la prescripción de la acción.

Concluye que la resolución recurrida se encuentra ajustada a derecho por lo que solicita su confirmación con costas a la recurrente.

En estos autos, se cuestiona la procedencia de una defensa de prescripción opuesta al progreso de una demanda de daños y perjuicios extracontractual.

Desde ya, cabe descartar que el pedido de deserción de recursos pueda tener andamiaje favorable, desde que existe una crítica razonada al fallo por parte del recurrente.

En cuanto a la prescripción invocada, debe tenerse presente que la demanda resarcitoria tiene como fuente el supuesto actuar ilícito del demandado en tres ocasiones distintas: cada ocasión versa en una demanda judicial intentada contra el actor, que se reputan de abusivas, a saber: 1) "N.S.A. c / F.A.Q. S/ PREPARACIÓN DE ACCIÓN EJECUTIVA", del año

2007; 2) “N.S.A. C/ F.A.Q. Y OTROS S/ PREPARACIÓN DE ACCIÓN EJECUTIVA”; 3) “N.S.A. C/ F.A.Q., D.R.R. y N.V.D.R. S/ COBRO DE GUARANÍES”.

A los efectos de un correcto encuadre de las pretensiones indicadas, debe evocarse que el ejercicio del derecho subjetivo de acción, de suyo, no constituye un antijurídico. Tal calificación obedece a condiciones especiales que se presentan en el modo de ejercer el derecho; es decir, se trata de un abuso de un derecho reconocido: “es inconcebible que el ejercicio del derecho, consentido, lícito en su esencia se pueda calificar de antijurídico. Ejercicio abusivo del derecho es una expresión impropia, que en realidad designa una forma de lo ilícito. Por consiguiente, el perjuicio causado por el abuso del derecho se incluye en el daño antijurídico. (...) El que traspasa uno de estos límites obra ilícitamente, con las consecuencias jurídicas que ello puede producir”. (De Cupis, Adriano. “El Daño”. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial BOSCH. Barcelona, España. 1975. Página 104/105).

Esto nos permite aplicar el plazo prescripcional de dos años, ex art. 663, lit. “f”, del C.C., sin mayores consideraciones.

Luego, teniendo que en la tesis del demandante cada demanda materializa un abuso del derecho, se sigue de ello que cada una constituye un ilícito; por tanto, el plazo de prescripción deberá ser evaluado de manera autónoma para cada uno de ellos.

Sentadas estas premisas, debe determinarse el momento inicial desde el que se debe computar el plazo prescripcional; sobre lo cual, el art. 635 del C.C., en su parte pertinente dice: “La prescripción empieza a correr desde el momento en que nace el derecho de exigir.”

Ante la interrogante de cuándo nace tal derecho en los casos como el que nos ocupa, debe ponerse de relieve que el derecho de exigir nace, en los antijurídicos, nace ordinariamente con la ocurrencia del hecho dañoso.

En efecto, en los supuestos de responsabilidad civil por ilícitos, se tiene que el crédito nace correlativamente con la deuda del obrante del daño; por consiguiente, la acción por daños nace con la responsabilidad del actuante del daño; de todo lo cual se sigue que el derecho de exigir nace con la ocurrencia del daño.

Llambías sostiene, en relación con esto, que “...*Al punto de partida de esta prescripción debe ubicarse en la fecha de existencia del tipo de responsabilidad que se trata [...] si se indaga desde cuándo está en curso de prescripción ‘la acción por responsabilidad extracontractual’ la respuesta surge*

diáfana, a saber, desde que la responsabilidad existe y consiguientemente ha nacido la pertinente acción para hacerla valer. De ordinario ello ocurre cuando acontece el hecho ilícito que origina aquella responsabilidad”. (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil – Obligaciones. Tomo III. Segunda Edición Actualizada. Pág. 433-434. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1977).

Ahora bien, puntualmente en los casos de demanda abusiva, se tienen condiciones particulares, pues con el hecho de la demanda no queda expedita la acción por demanda abusiva.

Así pues, en tanto el mero planteamiento de la demanda no configura el abuso de la facultad de accionar, recién al saber la suerte final del proceso y el comportamiento general del actor en él se podrá establecer su tenor abusivo o negligente. El resultado final del planteamiento es crucial y sólo puede definirse una vez que no quepan ya dudas, disputas ni recursos respecto del decisorio final que rechace la pretensión.

Esta solución es por demás lógica, pues no es sino hasta el momento de la resolución de la pretensión, que se remueve la apariencia de licitud del hecho dañoso y, por tanto, allí queda expedita la acción.

De este modo, el plazo prescripcional comienza con la resolución que desestime la pretensión cuyo planteamiento se estime de negligente: veamos, pues, cuándo ello ocurrió en cada demanda planteada.

En cuanto al primer juicio [1] arriba individualizado, se tiene que por A.I. N° 252 de fecha 29 de julio de 2011, se declaró operada la caducidad de la instancia (f. 57 del juicio indicado); que tuvo por efecto la desestimación de la pretensión de la entonces actora, ahora demandada. Mientras que esta demanda indemnizatoria fue anoticiada al demandado recién en fecha 20 de mayo de 2016 (f.61).

Resulta evidente, entonces, que la pretensión resarcitoria a su respecto se encuentra prescripta.

Por otro lado, en cuanto a la segunda demanda [2], se tiene que la suerte de la pretensión allí contenida fue resuelta en definitiva por A.I. N° 2653 de fecha 27 de diciembre de 2011 (f.194 de las compulsas del expediente), por el que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia rechazó liminarmente la acción de inconstitucionalidad promovida por el entonces actor -perdidoso- contra la sentencia del Tribunal de Apelación, que resolvió la improcedencia de su pretensión.

Distinta suerte corre la última demanda intentada por la ahora demandada. En ésta, la suerte del juicio fue resuelta por caducidad resuelta en tercera instancia, por interlocutorio notificado en fecha 18 de agosto de 2014.

En efecto, recordando que la presente demanda fue notificada a la parte demandada en mayo de 2016, se tiene que, a su respecto, no operó la prescripción de la acción intentada.

En este sentido, la defensa de prescripción opuesta tiene andamiaje favorable respecto de las dos primeras pretensiones resarcitorias analizadas; y debe ser rechazada respecto de la última, la cual, así las cosas, debe ser estudiada seguidamente.

ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Se trata de establecer la procedencia –o no- de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de una demanda civil, específicamente de una demanda de cobro de guaraníes como consecuencia de un contrato de préstamo.

En cuanto a la configuración de la responsabilidad civil en este caso, se trata de un supuesto de ejercicio abusivo del derecho.

Como es sabido el ejercicio legítimo de un derecho no puede, en principio, constituir un antijurídico. Ahora bien, corresponde analizar tal situación conforme a las circunstancias que rodean al caso en estudio.

En esta tesitura, el ejercicio de un derecho no puede ser considerado ilícito, siempre y cuando, no exista abuso de tal derecho. Es decir, el que excede del límite de sus derechos torna su conducta en ilícita. “El derecho cesa donde el abuso comienza, no puede haber aquí uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme y contrario al derecho”.

Así, se considera que la conducta es lícita cuando el sujeto actúa dentro de los límites de la buena fe y ejerce acción procesal considerándose titular de los derechos reclamados. Por otro lado, el ejercicio abusivo de un derecho convierte en un ilícito la promoción de acción procesal, aunque goce de apariencia de juridicidad formal.

Al efecto, cabe recalcar que el acto de promover demandas a fin de reclamar derechos subjetivos que se consideran conculcados, no constituyen per se hechos ilícitos, salvo un ejercicio abusivo o malicioso de esta facultad, lo cual torna ilícita la conducta. Es decir, el ejercicio de un derecho podría

derivar en un actuar antijurídico desde la perspectiva civil, cuando se efectúa con una finalidad no prevista para ese derecho o extralimitando indebidamente su alcance, su extensión o su sentido.

La promoción de una acción, de cualquier tipo, en principio no puede constituirse en un acto ilícito, pues implica el mero ejercicio de un derecho reconocido en el artículo 40 de la misma Constitución Nacional, cual es el derecho de peticionar, que encaminado a los órganos de Justicia, reconoce el nombre de acción procesal. Por ende, en principio, la deducción de cualquier acción procesal no reviste el carácter de ilícito.

Para que se configure la obligación de indemnizar, como consecuencia del ejercicio del derecho de accionar, el planteamiento de la acción debió ser realizado de forma tal que implique un acto doloso o notoriamente culposo. Es así que, en esta clase de demandas indemnizatorias la antijuridicidad se encuentra muy ligada al factor atributivo de responsabilidad, pues para que el ejercicio del derecho a accionar judicialmente –acto lícito- se deforme en un acto ilícito, se debe comprobar que el agente actuado con dolo o culpa notoria.

La conducta es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño; trasladado al caso de autos, sería necesario que exista una demanda promovida por parte de la demandada, habiendo actuado esta con plena conciencia de que no poseía derecho alguno a reclamar. En cambio, se considera culposa, en los casos en que si bien no media intención de dañar, existe uno de los elementos configurativos de la culpa, negligencia, imprudencia o impericia.

El caso en estudio, se encuadra legalmente en la figura de responsabilidad extracontractual por acto ilícito, específicamente por reclamación de reparación de daños por acto propio de la demandada. Así, la carga probatoria de la producción del acto ilícito corresponde, en principio, a la parte demandante. Es decir, es la parte actora en estos autos, quien tiene que demostrar que la empresa demandada actuó con dolo o culpa al producir el hecho dañoso, en estos casos, al promover las acciones procesales de reclamo judicial correspondientes –ejecutivas y ordinaria-.

Corresponde, por tanto, analizar si se demostró en autos que, la demanda promovida por la firma N.S.A. contra el Señor F.A., fue interpuesta de forma dolosa o notoriamente culposa, es decir, si se configuró temeridad

o intención de dañar al momento de promover las mismas. Considero oportuno al efecto, pasar al análisis del juicio civil que dio pie a la presente acción.

Al respecto, se verifica que la firma N.S.A. promovió una demanda ordinaria de cobro de guaraníes por vencimiento de obligaciones emergentes de un contrato de préstamo, contra los Señores F.A.Q.D.S. y N.V.D de R. En dichos autos, el Ad quem, por Acuerdo y Sentencia N° 41 del 17 de septiembre de 2013, resolvió hacer lugar a la excepción de prescripción, así como a la excepción de falta de acción opuesta por el Señor A y, en consecuencia, rechazó la demanda de cobro de guaraníes promovida. Dicha resolución fue recurrida, pero posteriormente se produjo la caducidad de la instancia recursiva declarada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por A.I. N° 1878 del 18 de agosto de 2014 (fs. 277), quedando con ello firme el rechazo de la demanda promovida contra el Señor A.

En tal demanda, la firma N. S.A. -hoy demandada- pretendió demostrar la relación causal contenida en un contrato de prestación de servicios, si bien no lo logro esto constituye una cuestión probatoria, cuyo resultado negativo a su pretensión no puede predicarse de su conducta abusiva.

En otras palabras, de las resoluciones adjuntadas -S.D. N° 238 del 8 de noviembre de 2012 (fs. 15/17) y A. y S. N° 41 del 17 de septiembre de 2013 (fs. 19/22)- surge que la firma N. S.A. falló en demostrar el vínculo que existía entre el endoso formulado en el título crediticio por parte de A. y el contrato de préstamo.

La firma N. S.A. intentó demostrar en el juicio ordinario la existencia de acreencias a su favor. Ahora bien, independientemente de la fundabilidad o no de esos reclamos por vía jurisdiccional, la firma hoy demandada tenía un motivo e intento obviamente demostrar dicha relación causal con la parte actora -F.A.- Así, la sola desestimación de la demanda, no puede llevar a presuponer que el demandante actuó con culpa grave o dolo con intención de engañar.

En efecto, no puede endilgarse una conducta abusiva en el derecho de reclamar cobro de sus acreencias, ya que el rechazo se basó en una mera cuestión de criterios y porque del contrato de préstamo – conforme a lo citado en el A y S N° 41 del 17 de septiembre de 2013 (fs. 19/22)- se desprende que el Sr. A. no participó del mismo como parte.

Evidentemente había una base que le habilitaba a reclamar lo que se reclamó, cuestión suficiente para considerar que el abuso del derecho no

existe, es decir, que no se dio la deformación del contenido que legítimamente se encontraba en la demanda – ejecutivas y cobro de guaraníes-.

De tal suerte, corresponde rechazar la demanda promovida por improcedente.

En definitiva, tenemos: de las tres pretensiones resarcitorias, dos se encontraban prescriptas, por lo que deben ser rechazadas por tal motivo; mientras que la pretensión restante, es rechazada por improcedente.

Entonces, corresponde revocar la resolución recurrida, en el sentido de rechazar la demanda promovida, por improcedente.

En cuanto a las costas, dado que existieron motivos fundados para promover la pretensión aquí analizada, corresponde sean impuestas en el orden causado, a tenor del art. 193 del C.P.C.

A SU TURNO, EL MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ DIJO: por Sentencia Definitiva N° 206 de fecha 20 de noviembre de 2017, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Tercer Turno, de la Circunscripción Judicial Concepción, resolvió: “HACER LUGAR a la excepción de prescripción liberatoria opuesta contra el progreso de la presente demanda por la Firma N. S.A. por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. RECHAZAR la demanda instaurada por el señor F.A.Q, por improcedente. IMPONER las costas a la parte actora que resultó vencida. ANOTAR [...]” (f. 187).

Recurrida la sentencia definitiva y tramitados los recursos, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, de la Circunscripción Judicial Concepción, por Acuerdo y Sentencia N° 127 de fecha 23 de diciembre de 2019, decidió: “REVOCAR la S.D. N° 206 de fecha 20 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, Tercer Turno, por los fundamentos y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución. REENVIAR la presente causa al Juzgado de Origen para la prosecución de la instancia. COSTAS a la perdedora. ANOTAR [...]” (f. 224 vlt.).

Contra el referido fallo expresó agravios la Abg. T. E. de C. representante convencional de la demandada, en los términos del escrito de fs. 234/267. En lo medular, recordó que el actor demandó a su representada por juicios anteriores que ésta inició contra aquel, supuestamente de forma maliciosa. Negó que su representada profese odio, malicia o animadversión al actor. Aseguró que el actor comprende equivocadamente su situación de

endosante de un título de crédito, por cuya calidad su representada demandó anteriormente. Dijo que el actor, en su calidad de endosante del cheque, responde solidariamente del pago, por lo que no puede hablarse de que su representada, en ejercicio de los derechos que emanan del cheque, haya instrumentado a la justicia. Recalcó que N. S.A. no ejerció antijurídicamente sus derechos, que no existe factor de atribución alguno que le sea imputable, ni daño, ni nexo causal. Agregó que no existe calificación de la conducta de su representada en los juicios anteriores, por lo que dicha calificación no puede hacerse en este juicio. Subrayó que la acción promovida ya está prescripta, como bien se juzgó en primera instancia. Manifestó que, como no hubo recursos del actor, no se puede modificar el fallo contra su representada. Pidió la revocación del fallo impugnado, y el rechazo de la demanda indemnizatoria.

Corrido el traslado de rigor, el actor, Abg. F.A.Q, contestó dichos agravios en los términos del escrito de fs. 270/274. Pidió la deserción del recurso por falta de fundamentación. Aseguró que la demandada no sólo lo demandó sobre la base del cheque, sino que también lo demandó sobre la base de un contrato de préstamo en el que ni siquiera era parte, lo que demuestra la persecución desmedida en su contra. Aseveró que la cuestión de fondo no se encuentra en discusión en esta instancia y que, por ende, no cabe aquí un pronunciamiento al respecto, so riesgo de conculcar el principio de doble instancia. Pidió la confirmación del fallo recurrido.

Se trata de resolver una demanda de indemnización de daños y perjuicios de fuente extracontractual, contra la que se opuso excepción de prescripción.

La demandada criticó razonadamente el fallo impugnado y así cumplimentó el art. 419 del Código Procesal Civil; ya que individualizó la decisión que reputó errónea y explicó profusamente porqué -según ella- no se ajusta a derecho. No hay, pues, obstáculos al estudio de las cuestiones propuestas a esta instancia.

El actor fundó su demanda en que las acciones judiciales que le promovió la hoy demandada fueron abusivas. El abuso del derecho es un ilícito; luego, la acción para reclamarlo prescribe por dos años ex art. 663 literal "f" del Código Civil.

Como el actor lamentó que el abuso en los juicios que le promovió la demandada, deberá juzgarse la prescripción respecto de cada uno.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El primer juicio, “N. S.A. c/ F.A.Q. s/ preparación de Acción Ejecutiva”, del año 2007, individualizado por el actor a f. 44 de la demanda, se agregó por providencia del 10 de febrero de 2021 (f. 283). En éste, la demandada reclamó al actor la suma de ₡ 10.000.000.

Allí surge que la última actuación impulsada por la ejecutante –hoy demandada- fue un oficio, del año 2007, a la Dirección General de los Registros Públicos, a fin de inscribir la inhibición general de bienes del actor (f. 52 de ese juicio). Seguidamente, en el año 2011, el ejecutado –hoy actor- dedujo incidente de caducidad de instancia (fs. 53/55 vlta. del mencionado juicio), que fue declarada por A.I. N° 252 de fecha 29 de julio de 2011 (f. 57 de ese juicio). La última actuación que consta es el oficio del 29 de julio de 2011, por la que se ordena el levantamiento de la inhibición general de gravar y vender (f. 63 de ese juicio).

Como puede verse, la última actuación, imputable a la ejecutante, ahora demandada, fue el oficio del año 2007. Empero, esta acción indemnizatoria fue notificada a la demandada el 20 de mayo de 2016 (f. 61), cuando la acción estaba irremediabilmente prescrita.

En cuanto al segundo juicio, compulsas del expediente “N. S.A. c/ F.A.Q y otros s/ Preparación de Acción Ejecutiva”, individualizado por el actor a f. 45 de la demanda, se agregó por providencia del 10 de febrero de 2021 (f. 283). En éste, la demandada reclamó al actor el cheque de pago diferido N° 2840407, Serie D, cargo Banco Nacional de Fomento.

La última actuación relevante en dicho juicio es el oficio del 21 de setiembre de 2012 (f. 253 de ese juicio), por lo que la acción está prescrita; ello, incluso si se considera la última actuación de la acción de inconstitucionalidad vinculada a él (f. 197), cuyas compulsas se agregaron por cuerda.

En fin, la última acción judicial es la ordinaria, caratulada “N. S.A. contra F.A.Q.D y N.V.D. de R. s/ cobro de guaraníes por vencimiento de las obligaciones emergentes de un contrato de préstamo”, individualizada por el actor a f. 47, agregada por providencia 10 de febrero de 2021 (f. 283).

La última actuación relevante de la acción ordinaria es la cédula de notificación de fecha 9 de setiembre de 2014, que anoticia al hoy actor de la caducidad de la tercera instancia declarada por esta Excelentísima Corte Suprema de Justicia (f. 139 de ese juicio).

En consecuencia, es claro que la acción respecto de este juicio no ha prescrito.

En suma: la única acción indemnizatoria no prescripta es la que se sustenta en el ejercicio abusivo del derecho de demandar el último de los juicios mencionados.

Por tanto, corresponde hacer lugar parcialmente a la excepción de prescripción opuesta por la demandada, en el sentido indicado supra.

Luego, no existen obstáculos para estudiar el mérito de la acción no prescripta. No hay, al respecto, violación alguna de la garantía de la doble instancia; los argumentos expuestos por el Ministro preopinante, aunque en sede de nulidad, son plenamente aplicables aquí, a los que cabe remitirse. Además, la excepción de prescripción se opuso como medio general de defensa, esto es, como un argumento más de la contestación de la demanda que, precisamente por eso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia puede conocer ex art. 403 del Código Procesal Civil.

Recuérdese que el mero hecho de promover una demanda no es generador de responsabilidad civil, ni aún en el caso de que sea desestimada. Dicha tesis es compartida -sin hesitación- por esta Magistratura, por la buena razón de que entonces el acceso a la justicia se vería enormemente comprometido. La acción de demandar constituye -en principio- el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley. Empero, bajo ciertas condiciones, podría configurar un antijurídico; la intencionalidad del agente, con la que se hace promueve la demanda, es aquí determinante.

Es decir, lo que en principio puede ser un acto perfectamente lícito, puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho involucrado o, dicho en otras palabras, abuso del derecho. En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico, que implica una violación solapada del ordenamiento jurídico (vide: ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1996. Derecho de las Obligaciones. Primera Edición, reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. pp. 719/720). En esta forma de antijuridicidad civil, la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito.

Así pues, la configuración de la antijuridicidad está, en este caso, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución, que en materia civil no solo es doloso sino también culposo.

Luego, en los ilícitos civiles, la imputabilidad subjetiva es dolosa cuando hay intención de provocar el daño; y es culposa cuando, sin mediar esta intención, existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En el caso, el actor afirmó, en todo momento, que la demanda ordinaria por cobro de guaraníes que la ahora demandada promovió en su contra, fue maliciosa, dolosa y con el afán específico de perjudicarlo.

Como puede verse, el actor imputó a la demanda, específicamente, el factor de atribución dolo, por lo que carga con la prueba de su configuración.

Revisadas las constancias del proceso ordinario promovido contra el actor, no surge ninguna prueba que demuestre el mencionado factor de atribución.

Antes bien todo lo contrario: la demanda fue promovida atribuyéndose al menos una obligación cartular al actor (fs. 11/15 de ese juicio), de la que éste se defendió con prescripción y falta de acción (fs. 73/79 de ese juicio).

Como bien dijo el señor Ministro preopinante al juzgar el fondo del asunto, la hoy demandada tenía en su poder un título de crédito que le daba razones fundadas de tener derecho a demandar al actor, por lo que no debe verse nada de extraño ni de abusivo en ello.

Por lo demás, la circunstancia de que el actor haya vencido en las defensas que opuso en el juicio ordinario (vide: fs. 92 vlta., 126 vlta. y 137 de ese juicio), no significa que la demanda haya sido promovida con el exclusivo afán de perjudicarlo, sino simplemente que no se pudo demostrar su procedencia.

Esto es especialmente claro respecto de la excepción de prescripción, que es una defensa a la que el deudor puede renunciar; en otras palabras, el acreedor que ejercita una acción prescripta no incurre por ello en dolo ni en abuso del derecho, desde que el deudor perfectamente puede renunciar a oponer la defensa, actitud que el acreedor no conocerá sino hasta que la defensa sea o no sea opuesta por el interesado. Lo propio debe decirse de la falta de acción: si el actor no pudo demostrar la legitimación que alegó, no por ello la demanda se torna abusiva; de lo contrario, siempre que una demanda se rechace por falta de pruebas, habrá responsabilidad civil, lo cual es absurdo.

En suma, para que la demanda civil se considere abusiva por el factor de atribución dolo no basta con que se desestime, sino que deben probarse otros hechos que demuestren la intención específica del actor de perjudicar al demandado.

Este, evidentemente, no ha sido el caso de autos, por lo que corresponde desestimar la demanda, por improcedente.

JURISPRUDENCIA

En conclusión, corresponde revocar el acuerdo y sentencia recurrido y, en consecuencia, rechazar la demanda promovida, por improcedente.

En cuanto a las costas, dado que el actor tuvo, en este caso en concreto, y por las particularidades de la conducta procesal asumida por la demandada en los juicios que motivaron el presente reclamo, una razonable convicción acerca de su derecho para litigar, corresponde imponerlas en el orden causado, en todas las instancias, ex art. 193 del Código Procesal Civil.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY PROSIGUIÓ DICIENDO: En cuanto al Recurso de Apelación: Dada la forma que ha sido resuelto el Recurso de Nulidad, se hace innecesario el juzgamiento del Recurso. Así voto.

Con lo que se dio por finalizado el Acto firmado S.S.E.E., todo por Ante mí de que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

Asunción, 14 de diciembre del 2.022.-

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

R E S U E L V E:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 527 del 23 de diciembre de 2019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial Concepción.

RECHAZAR la demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve el Señor F.A.Q. contra la Firma N. S.A.

IMPONER las costas en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Dr. Alberto Martínez Simón, Dr. Eugenio Jiménez Rolón y Dr. Cesar Antonio Garay Zucolillo.

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna. Actuaría Secretaria Judicial II

ACUERDO Y SENTENCIA N° 90

Cuestión debatida: *En el presente caso la Sala Civil de la C.S.J., analiza la procedencia de una excepción de falta de acción instaurada por los demandados, a quienes se les reclama la indemnización de daños y perjuicios; ocasionados como consecuencia de un siniestro en un accidente de tránsito.*

La demanda se instauró contra los mismos, en razón que al momento de ocurrido el hecho, eran aun los propietarios registrales de la cosa.

La inscripción de la escritura traslativa de dominio del vehículo a favor del nuevo comprador, quien conducía el vehículo al momento del percance, se encontraba en trámite ante la Dirección General de los Registros Públicos.

Deberá entonces establecerse la responsabilidad de los demandados que revisten la calidad de titulares registrales, y el que hoy ostenta el dominio y es guardián del bien.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo.

En lo que a nosotros concierne, la jurisprudencia ya ha asentado pacíficamente que el supuesto del automóvil se encuadra bajo la definición de cosa riesgosa, de modo que el presente caso se rige por la segunda parte del artículo 1847. Dicha disposición normativa establece un tratamiento de responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado, prescindiendo de la valoración de la conducta del sujeto a quien se le atribuye la responsabilidad.

De tal suerte, no quedan dudas acerca de que el tipo normativo del caso es el previsto en el art. 1847 del C.C., específicamente desde el sintagma “pero cuando el daño se produce”. El citado artículo 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.”.

En este esquema, el dueño de la cosa riesgosa responderá por los daños que ésta cause, sin que sea suficiente la prueba de la diligencia propia. La atribución de responsabilidad estará ligada a la mera determinación de su calidad de dueño, salvo que se acredite la ruptura del nexo causal, ya sea porque el daño obedezca a la culpa de la víctima o a la de un tercero por quien no deba responderse, o bien por caso fortuito o fuerza mayor; estos últimos, aunque no lo diga el art. 1847, fue pacíficamente admitido por la doctrina.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura.

A los efectos de determinar sobre quién pesa la responsabilidad de responder por su calidad de propietario, se impone el deber de ser bien precisos al establecer quién es, para la norma, dueño del vehículo automotor al momento del accidente. Omitir realizar dicho análisis con la rigurosidad requerida implicaría, indudablemente, desvirtuar la severidad de la responsabilidad objetiva que, con carácter excepcional, incorpora nuestro ordenamiento legal; responsabilidad cuyo fundamento no reposa en la culpa sino en la teoría del riesgo creado.

En lo que refiere a la titularidad de un vehículo automotor -como ser la camioneta Nissan Patrol que protagonizó el accidente- debemos recordar que el modo de transmisión de dominio de los automotores se encuentra reglado por el art. 2071 del Código Civil, el cual reza: “La propiedad de toda clase de máquina o vehículo automotor debe inscribirse en el Registro habilitado en la Dirección General de Registros, y su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravamen del mencionado Registro.”

El artículo transcrito, el cual opera en concomitancia con el art. 700 inc. a) del Código Civil, sienta las bases de un mecanismo de tenor formal para la transmisión de vehículos. Así, para operarse el cambio de titularidad o propiedad de un vehículo automotor, la norma exige, como único requisito, que el acto jurídico por medio del cual se realice la transmisión en cuestión deba necesariamente constar en una escritura pública.

Para comprender esta última idea, debemos simplemente considerar la palmaria redacción del art. 2071 del C.C. Como puede verse, la norma

citada no plantea mayores inconvenientes en cuanto a su interpretación pues de forma directa y sencilla se refiere a dos actos bien diferenciados.

En este contexto, la conjunción adversativa “sino” contenida en la segunda parte del artículo, deja claramente sentado que sólo la escrituración tiene implicancia para la transmisión de un automotor y que esta será, a dichos efectos, acto suficiente para producir esa consecuencia jurídica. Así, se presumirá que quien figure como el titular registral en los registros correspondientes (e.g. el Registro del Automotor) es el dueño del rodado salvo que éste probare, debidamente, haber transferido ese carácter de propietario a un tercero de conformidad a la ley, es decir, por contrato instrumentado en escritura pública.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura.

En base a dichas consideraciones, no puede desconocerse que la transmisión de un vehículo jamás podrá verse enervada por la falta de registración de tal acto. Independientemente al requisito de inscripción que dispone la ley, la transferencia del dominio de un vehículo automotor se perfecciona con el solo consenso de las partes plasmado por medio de la firma de la escritura pública en cuestión, que es el modo idóneo, establecido por la misma ley, para que se opere el cambio de titularidad a favor del adquirente.

Por esta razón, si bien es cierto que además de la mentada escrituración exige que el derecho dominial sea inscripto en el registro correspondiente, es igualmente cierto que la redacción de la norma permite afirmar, sin lugar a dudas, que la transferencia de dominio del vehículo no se encuentra supeditada a la inscripción de la escritura en el registro respectivo, pues esto último sólo tiene efectos en cuanto a su publicidad. Ello en atención a que, en nuestro país, por regla general la misión del Registro Público es meramente la de dar publicidad a los actos jurídicos cuya registración la ley exige, a los fines de robustecer la seguridad en el tráfico jurídico

El acto registral entraña, pues, una naturaleza únicamente declarativa y no constitutiva de derecho.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo. Responsabilidad subjetiva.

Por un lado, nuestra Ley establece la responsabilidad del dueño en los supuestos de daños causados con las cosas no riesgosas porque presume

que, al encontrarse estas sometidas a la voluntad y a la acción de la persona, el mismo se encuentra en situación de realizar esa tarea de cuidado, utilización o conservación, “actuando personalmente o por tercero a quien voluntariamente le encomendare la labor o proporcionare el uso, manteniendo él la efectividad de los poderes jurídicos sobre la cosa” Mientras que la responsabilidad objetiva -según lo sostenido mayoritariamente en doctrina- descansa sobre la carga que pesa sobre quien obtiene los beneficios de la cosa riesgosa; es decir, postula que quien se beneficia de la cosa introduciendo un riesgo también carga con la obligación de responder por esos riesgos.

En cualquier supuesto, se descarta la obligación de responder por los daños a quien, o bien, ya no tiene poder de dirección alguno o sobre la cosa, o bien, ya no obtiene beneficio por su uso. De ahí que resulta insostenible insistir en la responsabilidad de los demandados D.R.P.A. y N.G.H. cuando estos han acreditado suficientemente haber transferido la propiedad cumpliendo la formalidad exigida por la ley, cual es la escritura pública, por lo que se encuentran ya imposibilitados de ejercer sobre la cosa cualquier tipo de poder efectivo e independiente de dirección para impedir que con ella se pueda ocasionar un daño o, en todo caso, de obtener provecho o beneficio de ella. En definitiva, para que se configure el riesgo creado, debe ser posible el reproche al sujeto que lo haya originado, es decir, a aquel que desatendiendo lo que le corresponde atender o beneficiándose de la cosa introducida, posibilita o concreta el daño a un tercero.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo. Responsabilidad subjetiva.

Esta solución razonable y justa, a mi juicio, hace prevalecer la idea directriz del sistema de responsabilidad atendiendo a las particulares características del caso, además de condecir con el régimen legal aplicable. Me permito insistir en que la norma es clara al disponer que, al realizarse la transferencia por escritura pública, el vendedor se desprende del dominio y el comprador lo adquiere, con prescindencia a la inscripción o no de dicha transferencia. Considero que una solución distinta resultaría, a todas luces, dura para la conciencia jurídica puesto que resultaría excesivo hacer pesar sobre el ex propietario la responsabilidad objetiva del art. 1847 cuando, reitero, se ha probado fehacientemente que el mismo ya firmó la escritura pública e hizo entrega del bien, por lo que no tiene poder de decisión sobre

el uso de dicho vehículo, ni se beneficia del mismo. En sustento de esta posición, piénsese en la siguiente situación: si una persona vendiese el vehículo que tiene en propiedad, por escritura pública, e inmediatamente a la firma de la misma -ínterin se realiza el trámite de inscripción registral- entrega el vehículo al comprador, como usualmente sucede, ¿debería considerarse responsable de todo daño realizado con la cosa, durante los días o semanas o meses que eventualmente pueda tardar en registrarse esa escritura pública? Parece injusto contestar afirmativamente, cuando el anterior propietario ya no tiene bajo su control el vehículo ni puede evitar que lo usen el comprador u otras personas ajenas por las que aquel ex dueño, no debe responder.

Finalmente, la solución adoptada se ve igualmente fortalecida, en este caso puntual y concreto, por razones prácticas: la falta de inscripción se debió a causas que no pueden ser imputadas a los excepcionantes.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura.

Por las razones mencionadas, independientemente a la falta de inscripción, resulta indudable que la escritura pública de transferencia del bien debe ser considerada en este caso puesto que la misma, firmada con meses de anterioridad al accidente, es suficiente a los efectos de acreditar que la titularidad del bien había sido transferida a favor de un tercero. En virtud a lo señalado, podemos ciertamente aseverar que D.P. y N.H. de P. no deben responder por los daños que un tercero ha ocasionado con el rodado de cuyo dominio se han desprendido válidamente y con plena observancia de las prescripciones del art. 2071, todo lo cual se inserta en el supuesto descrito en la última parte del art. 1847 del C.C

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura.

Ahora bien, según las pruebas diligenciadas no se inscribió la referida transferencia por falta de pago de gastos escriturarios que A.R. de L. debía pagar. Por el contrario, según el informe remitido por la Escribana otorgante, en fecha 13 de Junio del 2.018 (fs. 196), expresó que en Octubre del

2017, D.R.P.A. hizo entrega del cincuenta por ciento de los gastos escriturarios para la correspondiente inscripción, cumpliendo con sus obligaciones para concretar el negocio jurídico.

Por ello, la transferencia adquirió eficacia y eximió a D.R.P.A. y N.G.H. de P., quedando como única responsable A.R. de L. (dueña), conforme al Artículo 1.847, del Código Civil.

Luego, cabe expresar para que la acción u omisión sea reprochable, debe ser ejercida contra el sujeto que originó el riesgo creado, para consecuentemente, reparar el daño.

La Teoría del riesgo pone el resarcimiento a cargo de quien emplea la cosa que causó daño. En el caso, D.R.P.A. y N.G.H. de P. al no crear ningún daño, no pueden responder por tercero K.L.R.- quien ocasionó daños y perjuicios que motivaron la promoción de ésta demanda.

Ergo, las responsabilidades atribuidas a D.R.P.A. y N.G.H. de P. a la sazón- fueron desplazadas al tercero -K.L.R.- autor material del accidente, por lo que concuerdo con la decisión arribada por el Ad-quem. Consiguientemente, cabe -en estricto Derecho- confirmar el numeral segundo del Fallo impugnado.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios. Responsabilidad objetiva. Teoría del riesgo. ESCRITURA PÚBLICA. Valor probatorio de la escritura. Oponibilidad. Publicidad.

Aquí, cabe recordar que, en el sistema jurídico nacional, la inscripción en los registros públicos es -por principio general- declarativa -y no constitutiva- según lo dispone el art. 293 del Código de Organización Judicial, que establece: “La inscripción no revalida los actos o contratos inscriptos que sean nulos con arreglo a las leyes.” Ergo, no es un requisito para la validez de los negocios jurídicos sobre derechos reales que deban ser registrados; a diferencia de la formalidad de la escritura pública, según surge del art. 700 del Código Civil.

Luego, la exigencia de inscripción registral del art. 2071 del Código Civil debe leerse sólo en términos de oponibilidad a terceros del derecho real inscripto, y no en sentido de atribución constitutiva del mismo. Es ésta la lectura que armoniza con el sistema.

No obstante, si bien la oponibilidad -genérica- a terceros nace de la inscripción registral conforme el tenor del art. 288 del Código de Organización Judicial, nada obsta a que un tercero -en concreto- reconozca por sí mismo, inequívocamente, el estado actual del derecho sobre el bien registrable, aunque tal derecho actual no esté inscripto, y que, por ende, no sea oponible erga omnes. En escenarios semejantes, la finalidad de la publicidad a los efectos de la oponibilidad se encuentra cumplida, pues no es otra que hacer saber a terceros; y, por ende, es igualmente posible el conocimiento por otra vía.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad por daños y perjuicios. COSTAS. Principio objetivo de la derrota.

Aclarado ello, y considerando lo resuelto por este Magistrado en cuanto a la cuestión principal, dichas costas ya no pueden ser modificadas en esta instancia para aplicar el principio objetivo de la derrota previsto en el art. 192 del Rito Civil, ya que una decisión semejante vulneraría la prohibición de la reformatio in peius. Entonces, corresponde confirmar igualmente el apartado tercero del Acuerdo y Sentencia recurrido, y, consecuentemente, imponer las costas de la demanda promovida por C.B.B.R. contra D.R.P.A. y N.G.H. de P., de primera y segunda instancias, en el orden causado.

Las costas de esta instancia se imponen a la actora y perdedora, por aplicación de los arts. 192 y 205 del Código Procesal Civil.

C.S.J Sala Civil 28/12/2022 “C.B.B.R. c/ D.R.P.A. S/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (AC. y Sent. N° 90).

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 recurrida?

¿En caso contrario, se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARTÍNEZ SIMÓN, GARAY y JIMÉNEZ ROLÓN.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN, dijo: Analizados los agravios del Abg.

S.F.A, en representación de la parte actora, el mismo ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto (f. 382). Atendiendo lo expuesto, y luego de proceder al estudio de oficio de la resolución impugnada según dispone el art. 405 del C.P.C., corresponde tenerlo por desistido del presente recurso, habida cuenta que no se advierten, en la resolución recurrida, vicios o defectos que justifiquen la declaración de nulidad de oficio en los términos que autorizan los Arts. 113 y 404 del C.P.C.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, dijo: adhiero juzgamiento al del señor Ministro preopinante por idénticas motivaciones. Así voto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ R., dijo: corresponde adherir al voto del Ministro preopinante por compartir idénticas motivaciones.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN, dijo: Por S.D. N° 5 del 6 de febrero de 2019, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Sexto Turno de la Tercera Circunscripción resolvió: “NO HACER LUGAR a la excepción de falta de acción como medio general de defensa opuesta por los codemandados, señores D.R.P.A. y N.G.H. de P., por improcedente, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; HACER LUGAR a la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual promovido por el Abogado S.F.A., en representación de la señorita C.B.B.R. contra los señores D.R.P.A., N.G.H. de P. y K.D.L.R., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; CONDENAR a los demandados, señores K.D.L.R., D.R.P.A. y N.G.H. de P., al pago a la actora, C.B.B.R. de la suma de GUARANÍES CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL (Gs. 14.860.000), en forma solidaria en concepto de los rubros admitidos por el Juzgado por indemnización de daños y perjuicios sufridos por el accidente de tránsito producido, en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, debiendo descontarse al demandado K.D.L.R. la suma de Gs. 2.600.000, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; IMPONER las costas a los demandados, de conformidad al artículo 192 del Código Procesal Civil; ANOTAR...” (f.292).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala, con sede en la ciudad Encarnación, por Acuerdo y Sentencia N° 77 del 25 de noviembre de 2019, resolvió: “Declarar desierto el recurso de nulidad respecto de K.D.L.R., y tener por desistido de los mismos a D.R.P.A. y N.G.H., por los fundamentos expresados; Declarar procedente el recurso de apelación interpuesto por D.R.P.A. y N.G.H., quedando revocado íntegramente al artículo primero del fallo apelado, disponiendo en su lugar, la admisión de la excepción de falta de acción opuesta y, consecuentemente, desestimar la demanda que por indemnización de daños y perjuicios fue promovida contra los mismos por parte de C.B.B.R., por los fundamentos expresados; Imponer las costas de la excepción de falta de acción en el orden causado, por los fundamentos expresados; Declarar parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por K.L.R. y, consecuentemente, confirmar íntegramente y con costas a su respecto lo resuelto en los artículos segundo, tercero y cuarto de la S.D. N° 05/2019/06 dictada en autos, por los fundamentos expresados; ANOTAR...” (fs. 360/366 vlt.).

El Abg. S.F.A., representante convencional de la actora C.B.R., expresó agravios en los términos del memorial obrante a fs. 382/391. En dicha presentación, aseveró que el Tribunal ha errado en interpretar que la transferencia hecha por escritura pública pero no inscripta en los Registros es oponible a terceros y que, por tanto, dicha situación no libera a los codemandados D.R.P. y N.G.H. de P. de responder por los daños como titulares registrales de la cosa. En este sentido, afirmó que al ser propietarios indiscutibles del bien, tenían sobre la cosa un poder de dirección, vigilancia y control, poder que ellos mismos concedieron al autor material del hecho dañoso, al otorgarle la posesión del bien. Finalmente, solicitó la revocación de los apartados segundo y tercero del fallo recurrido, con costas a los excepcionantes.-

Corrido el traslado de rigor, por A.I. N° 630 del 21 de junio de 2021, esta Sala Civil resolvió: “DAR POR DECAÍDO el derecho que han dejado de usar K.L.R. y el Abogado P.M.B. para presentar sus escritos de contestación del traslado corrídoles; AUTOS para sentencia; ANOTAR...” (f. 401).

A los fines de delimitar de modo cabal el ámbito de competencia que posee esta Sala Civil en oportunidad de entender en el presente recurso, corresponde indicar -de manera sucinta- que la cuestión a ser analizada en

esta instancia se circunscribe, únicamente, a los apartados segundo y tercero del Acuerdo y Sentencia apelado, teniendo en cuenta que los demás puntos de la resolución recurrida ya han sido confirmados en doble instancia.

Así, la discusión está en determinar, por un lado, si es procedente o no la excepción de falta de acción pasiva opuesta como medio general de defensa por los demandados D.R.P.A. y N.G.H. de P. y, por otro, las costas de dicha excepción, que por decisión del Tribunal fueron impuestas en el orden causado.

El hecho aludido por el accionante como dañoso y la suma establecida como daño a ser indemnizado ya no es objeto de discusión en esta instancia. Tampoco es discutida la participación del codemandado K.L.R. en el accidente que ha originado y motivado este reclamo judicial. Entonces, solo se cuestiona la falta de configuración de uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber, la atribución de responsabilidad en cabeza de D.R.P.A. y N.G.H., por estimar que a los mismos no es posible atribuir deber alguno de indemnizar.

Esta cuestión fue resuelta de manera negativa por parte del Tribunal de Apelación, el cual entendió que el reputado guardián -A.R. de L.- sería un tercero por el que los titulares registrales no deben responder, excluyendo así la responsabilidad de los antes citados, quienes fueran los titulares registrales del vehículo en cuestión.

Ahora bien, ya a prima facie se advierte que el caso a ser analizado conlleva una intrincada superposición de hechos y tipos normativos que pueden tener cabida para su solución; así también, se verá que se han hecho encuadres normativos obrados por las partes que no se configuran del modo pretendido por éstas.

Por ello, ya con carácter preliminar, corresponde precisar el orden por el que deberá transitar el análisis del caso: I) determinación del contexto fáctico en debate; II) adecuación del supuesto de hecho a los tipos normativos correctos en relación con el caso, lo que determinará previamente el régimen de responsabilidad aplicable y nos permitirá dilucidar el asunto de la supuesta falta de acción pasiva indicada por los excepcionantes; III) análisis de la pretensión y defensa de las partes, con arreglo a los tipos normativos que inciden en el caso .

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En cuanto a la primera cuestión (I), resulta apropiado realizar un breve recuento de los hechos relevantes vinculados al accidente de tránsito que ha motivado, ulteriormente, la acción pretendida.

En el caso, no existe discusión con respecto al hecho generador. Tal como quedó determinado en los términos de la demanda y de la contestación (fs. 69/74, 93/96 y 113/118), además de los antecedentes de la carpeta fiscal agregados como prueba documental por la actora (fs. 4/55), las circunstancias del accidente han sido las siguientes: en la ciudad de Encarnación, día 2 de abril de 2017, a las 6:00 horas aproximadamente, un vehículo tipo camioneta de la marca Nissan modelo Patrol impactó contra un vehículo tipo automóvil de la marca Toyota, propiedad de la actora C.B.R. El automóvil de la actora, que se encontraba estacionado sobre la calle 14 de mayo casi Avda. Irrazabal, habría sido embestido por la camioneta conducida por K.L.R. quien, aparentemente, por la alta velocidad, perdió el control del vehículo, encontrándose, posteriormente, la chapa de la camioneta en el lugar del accidente, lo que permitió su individualización (fs. 4).

Asimismo, conforme consta en el Parte Policial N° 264/17, como consecuencia de dicho impacto, el rodado arremetido sufrió los siguientes daños materiales: “abolladura de envolvente de paragolpe trasero lado izquierdo; abolladura de guardabarro trasero lado izquierdo; abolladura de ambas puertas lado izquierdo; abolladura de envolvente de paragolpe delantero lado izquierdo; desencuadre de capot; raspón del protector de espejo lateral izquierdo; reventón de neumático de llanta trasera lado izquierdo; parte mecánica a verificar por un especialista” (fs. 4 vlta. y 62/68).

Con base en tales hechos, la parte actora fundó la presente demanda en la responsabilidad objetiva -art. 1847 del C.C.- de los titulares registrales del vehículo, a saber: D.R.P.A. y N.G.H. (f. 74). En contraposición con ello, en oportunidad de contestar la demanda, los mismos han opuesto, como medio general de defensa, una excepción de falta de acción pasiva, alegando no ser, a la fecha del accidente, propietarios o guardianes del bien.

Los demandados fundan esta defensa en que habrían transferido el vehículo en cuestión a la Sra. A.R. de L., por virtud de la Escritura Pública N° 240 de fecha 8 de noviembre de 2016, pasada ante la Escribana M.C.G (f. 105/106) Al respecto, debo señalar que el acto de transferencia no se encontraba inscripto registralmente a la fecha del accidente (f. 112), con lo cual los demandados, a dicha fecha, figuraban aún como titulares registrales del bien mueble.

Trazadas las condiciones iniciales del caso que nos ocupa, interesa determinar el tipo de responsabilidad -si alguno cabe- que puede ser atribuido a los demandados cuya legitimación pasiva es discutida en esta instancia; lo cual nos lleva a la segunda cuestión a ser analizada: el supuesto normativo aplicable al caso de autos (II).

A dicho efecto, debemos recordar que el factor de atribución de responsabilidad refiere al reproche del que es pasible aquél al cual se pretende atribuir la comisión de un hecho dañoso, bien por haberlo cometido deliberadamente (dolo) o con notorio desinterés por las consecuencias dañosas (dolo eventual, que integra, a nuestro criterio, el concepto de dolo), bien por haber omitido las diligencias necesarias (culpa); o inclusive, como producto de una imputación jurídica de responsabilidad impuesta por la ley con prescindencia de cualquiera de los dos elementos anteriores (atribución objetiva).

En casos como el presente, se plantea la posibilidad de que se suscite más de un plano dentro del cual pueda operar la responsabilidad. Por una parte, se podrá analizar la responsabilidad de aquél que se haya encontrado en control del vehículo y que, por ende, haya sido el causante directo del daño por medio de la cosa. Por otra parte, tendremos al dueño o al guardián del rodado, el cual responderá por el sólo hecho de revestir uno de los mencionados caracteres. A todo lo dicho se podrá adicionar el escenario en el cual, partiendo de la base de la responsabilidad del conductor, se podrá no obstante proyectar dicha culpa a una tercera persona, en virtud del vínculo que unirá a estos dos, como por ejemplo, uno laboral. La concurrencia simultánea de más de uno de estos planos es plenamente posible.

Analizadas las constancias de autos, vemos que la actora, en su escrito inicial, aludió al segundo tipo de responsabilidad. En efecto, la misma afirmó que los citados demandados D.R.P.A. y N.G.H. deben responder conjuntamente con K.L.R. por los daños ocasionados como consecuencia del accidente ocurrido ya que los mismos figuraban, a la fecha de promoción de esta demanda, como titulares registrales del vehículo que ocasionó el accidente.

En lo que a nosotros concierne, la jurisprudencia ya ha asentado pacíficamente que el supuesto del automóvil se encuadra bajo la definición de cosa riesgosa, de modo que el presente caso se rige por la segunda parte del

artículo 1847. Dicha disposición normativa establece un tratamiento de responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado, prescindiendo de la valoración de la conducta del sujeto a quien se le atribuye la responsabilidad.

De tal suerte, no quedan dudas acerca de que el tipo normativo del caso es el previsto en el art. 1847 del C.C., específicamente desde el sintagma “pero cuando el daño se produce”. El citado artículo 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.”.

En este esquema, el dueño de la cosa riesgosa responderá por los daños que ésta causare, sin que sea suficiente la prueba de la diligencia propia. La atribución de responsabilidad estará ligada a la mera determinación de su calidad de dueño, salvo que se acredite la ruptura del nexo causal, ya sea porque el daño obedezca a la culpa de la víctima o a la de un tercero por quien no deba responderse, o bien por caso fortuito o fuerza mayor; estos últimos, aunque no lo diga el art. 1847, fue pacíficamente admitido por la doctrina.

A partir de esta constatación, podemos sentar el punto de partida para examinar los argumentos de las partes y del Tribunal de Alzada (III).

En cuanto a la parte demandada, la misma manifestó que al haberse suscrito la escritura pública en cuestión, la guarda y dirección del vehículo ya correspondía al comprador, quien a partir de la firma de dicha escritura ya podía ser considerado dueño del bien. Así, ante tal escenario, el Tribunal de Alzada concluyó que el negocio traslativo en cuestión tuvo por efecto el traspaso de la guarda material del bien mueble, ostentando el comprador el poder-deber de custodia y dirección y desde tal premisa, concluyó que dicho comprador resultaría un tercero por quien aquéllos no deben responder.

De tal suerte, la primera determinación que debe realizarse es si la parte demandada - D.R.P.A. y N.G.H.- era o no dueña de la cosa riesgosa en los términos del art. 1847 del C.C., y por tanto, pasible de imputación objetiva de responsabilidad, lo cual determinaría su legitimación pasiva.

Conviene recordar que es un dato pacífico en autos que el bien automotor en cuestión fue transferido por escritura pública a la Sra. A.R. de L.,

y por lo demás, las partes no han impugnado la validez de la escritura pública aludida. La controversia, sin embargo, versa sobre la relevancia que la falta de inscripción de dicha escritura tiene en lo que refiere a la imputación de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que si bien la transferencia es anterior al hecho dañoso, la inscripción registral es posterior tanto al accidente como a la promoción de esta demanda (ver fs. 78 y 112).

A los efectos de determinar sobre quién pesa la responsabilidad de responder por su calidad de propietario, se impone el deber de ser bien precisos al establecer quién es, para la norma, dueño del vehículo automotor al momento del accidente. Omitir realizar dicho análisis con la rigurosidad requerida implicaría, indudablemente, desvirtuar la severidad de la responsabilidad objetiva que, con carácter excepcional, incorpora nuestro ordenamiento legal; responsabilidad cuyo fundamento no reposa en la culpa sino en la teoría del riesgo creado.

En lo que refiere a la titularidad de un vehículo automotor -como ser la camioneta Nissan Patrol que protagonizó el accidente- debemos recordar que el modo de transmisión de dominio de los automotores se encuentra reglado por el art. 2071 del Código Civil, el cual reza: “La propiedad de toda clase de máquina o vehículo automotor debe inscribirse en el Registro habilitado en la Dirección General de Registros, y su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravamen del mencionado Registro.”

El artículo transcrito, el cual opera en concomitancia con el art. 700 inc. a) del Código Civil, sienta las bases de un mecanismo de tenor formal para la transmisión de vehículos. Así, para operarse el cambio de titularidad o propiedad de un vehículo automotor, la norma exige, como único requisito, que el acto jurídico por medio del cual se realice la transmisión en cuestión deba necesariamente constar en una escritura pública.

Para comprender esta última idea, debemos simplemente considerar la palmaria redacción del art. 2071 del C.C. Como puede verse, la norma citada no plantea mayores inconvenientes en cuanto a su interpretación pues de forma directa y sencilla se refiere a dos actos bien diferenciados, a saber, el de escrituración y el de registración. Por un lado, se dispone que “La propiedad de toda clase de máquina o vehículo automotor debe inscribirse en el Registro habilitado en la Dirección General de Registros...” y, por el otro, que “su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravamen del mencionado Registro.”

En este contexto, la conjunción adversativa “sino” contenida en la segunda parte del artículo, deja claramente sentado que sólo la escrituración tiene implicancia para la transmisión de un automotor y que esta será, a dichos efectos, acto suficiente para producir esa consecuencia jurídica. Así, se presumirá que quien figure como el titular registral en los registros correspondientes (e.g. el Registro del Automotor) es el dueño del rodado salvo que éste probare, debidamente, haber transferido ese carácter de propietario a un tercero de conformidad a la ley, es decir, por contrato instrumentado en escritura pública.

En base a dichas consideraciones, no puede desconocerse que la transmisión de un vehículo jamás podrá verse enervada por la falta de registración de tal acto. Independientemente al requisito de inscripción que dispone la ley, la transferencia del dominio de un vehículo automotor se perfecciona con el solo consenso de las partes plasmado por medio de la firma de la escritura pública en cuestión, que es el modo idóneo, establecido por la misma ley, para que se opere el cambio de titularidad a favor del adquirente.

Por esta razón, si bien es cierto que además de la mentada escrituración exige que el derecho dominial sea inscripto en el registro correspondiente, es igualmente cierto que la redacción de la norma permite afirmar, sin lugar a dudas, que la transferencia de dominio del vehículo no se encuentra supeditada a la inscripción de la escritura en el registro respectivo, pues esto último sólo tiene efectos en cuanto a su publicidad. Ello en atención a que, en nuestro país, por regla general la misión del Registro Público es meramente la de dar publicidad a los actos jurídicos cuya registración la ley exige, a los fines de robustecer la seguridad en el tráfico jurídico. El acto registral entraña, pues, una naturaleza únicamente declarativa y no constitutiva de derecho.

Con lo afirmado, de ninguna manera se pretende desconocer la relevancia que la inscripción registral tiene en el tráfico jurídico, en especial en lo que respecta a cuestiones de preferencia de título, buena fe registral y otras similares. El análisis únicamente se limita, reitero, a determinar quién reviste la calidad de dueño para la imputación de responsabilidad del art. 1847 del Cód. Civil, y para ello, será suficiente la determinación de quién resulte, de conformidad al art. 2071 del mismo cuerpo legal, dueño del bien al momento del accidente que motivó la presente demanda.

Sostengo, pues, que el acto de transferencia en cuestión y la traslación de la calidad de propietario de D.P. y N.H. de P. a A.R. de L. son hechos que

no pueden ser desconocidos en este caso, más aún cuando no se desconoció el hecho de la firma de dicha escritura pública, teniendo la misma fecha cierta. Ello en atención a que, perfeccionada la transferencia de conformidad al mentado art. 2071 del C.C. meses antes del accidente, dicha transferencia liberó de iure a quienes figuraban como titulares registrales de las responsabilidades inherentes a la calidad de dueño, las cuales quedaron a cargo exclusivo de la otra parte contratante, incluyéndose entre ellas a la obligación de responder como dueño a tenor del art. 1847 del C.C.

La misma filosofía que sustenta la responsabilidad subjetiva del dueño o guardián -primera parte del art. 1847- y objetiva por riesgo o vicio de la cosa -segunda parte del art. 1847 orientan a la misma conclusión.

Por un lado, nuestra Ley establece la responsabilidad del dueño en los supuestos de daños causados con las cosas no riesgosas porque presume que, al encontrarse estas sometidas a la voluntad y a la acción de la persona, el mismo se encuentra en situación de realizar esa tarea de cuidado, utilización o conservación, “actuando personalmente o por tercero a quien voluntariamente le encomendare la labor o proporcionare el uso, manteniendo él la efectividad de los poderes jurídicos sobre la cosa”. Mientras que la responsabilidad objetiva -según lo sostenido mayoritariamente en doctrina- descansa sobre la carga que pesa sobre quien obtiene los beneficios de la cosa riesgosa; es decir, postula que quien se beneficia de la cosa introduciendo un riesgo también carga con la obligación de responder por esos riesgos.

En cualquier supuesto, se descarta la obligación de responder por los daños a quien, o bien, ya no tiene poder de dirección alguno o sobre la cosa, o bien, ya no obtiene beneficio por su uso. De ahí que resulta insostenible insistir en la responsabilidad de los demandados D.R.P.A. y N.G.H. cuando estos han acreditado suficientemente haber transferido la propiedad cumpliendo la formalidad exigida por la ley, cual es la escritura pública, por lo que se encuentran ya imposibilitados de ejercer sobre la cosa cualquier tipo de poder efectivo e independiente de dirección para impedir que con ella se pueda ocasionar un daño o, en todo caso, de obtener provecho o beneficio de ella. En definitiva, para que se configure el riesgo creado, debe ser posible el reproche al sujeto que lo haya originado, es decir, a aquel que desatendiendo lo que le corresponde atender o beneficiándose de la cosa introducida, posibilita o concreta el daño a un tercero.

Esta solución razonable y justa, a mi juicio, hace prevalecer la idea directriz del sistema de responsabilidad atendiendo a las particulares características del caso, además de condecir con el régimen legal aplicable. Me permito insistir en que la norma es clara al disponer que, al realizarse la transferencia por escritura pública, el vendedor se desprende del dominio y el comprador lo adquiere, con prescindencia a la inscripción o no de dicha transferencia. Considero que una solución distinta resultaría, a todas luces, dura para la conciencia jurídica puesto que resultaría excesivo hacer pesar sobre el ex propietario la responsabilidad objetiva del art. 1847 cuando, reitero, se ha probado fehacientemente que el mismo ya firmó la escritura pública e hizo entrega del bien, por lo que no tiene poder de decisión sobre el uso de dicho vehículo, ni se beneficia del mismo. En sustento de esta posición, piénsese en la siguiente situación: si una persona vendiese el vehículo que tiene en propiedad, por escritura pública, e inmediatamente a la firma de la misma -ínterin se realiza el trámite de inscripción registral- entrega el vehículo al comprador, como usualmente sucede, ¿debería considerarse responsable de todo daño realizado con la cosa, durante los días o semanas o meses que eventualmente pueda tardar en registrarse esa escritura pública? Parece injusto contestar afirmativamente, cuando el anterior propietario ya no tiene bajo su control el vehículo ni puede evitar que lo usen el comprador u otras personas ajenas por las que aquel ex dueño, no debe responder.

Finalmente, la solución adoptada se ve igualmente fortalecida, en este caso puntual y concreto, por razones prácticas: la falta de inscripción se debió a causas que no pueden ser imputadas a los excepcionantes.

En primer lugar, conforme a las constancias expedidas por la Escribana Pública Celeste González, en fecha 3 de abril de 2017, agregada tanto por la actora (f. 21) como por los excepcionantes (f.102), la inscripción no podía ser realizada por estar pendiente documentación necesaria: "...dicho trámite no podemos presentar en el Registro Único del Automotor por estar pendiente la Verificación del Vehículo antes mencionado...".

En el mismo sentido, conforme consta de la declaración testifical de E.P.M. (f. 194), quien trabaja en dicha escribanía, la misma declaró que incluso cuando ya se tenían todos los documentos necesarios para la inscripción, ésta no se pudo concretar por falta de pago de los gastos de Escribanía que correspondía abonar a A.R. de L.: "la última vez que se iba a inscribir a nombre de la señora A.R. fue por falta de pago, ya que se tenían todos los

documentos y no se presentó por falta de pago y tengo entendido que la señora A. habló con la Escribana y le comunicó que no tenía dinero para abonar los gastos de escritura...” . Menciona igualmente que, ante la imposibilidad de la compradora de abonar dicho costo, fueron los vendedores, excepcionantes en estos autos, quienes abonaron el 50% de los mismos a los efectos de proseguir con los trámites para inscribir la mentada transferencia: “... y es ahí donde se le avisa al señor D.P. y él acerca el 50% del costo de la transferencia, ya que su intención era que salga de su titularidad el vehículo”. Incluso al ser preguntada si los vendedores solicitaron a la Escribanía alguna intimación de pago a la compradora, la misma respondió: “por escrito no, pero vía telefónica sí”. Todo esto se condice con el informe remitido al Juzgado por la misma Escribana en fecha 13 de junio de 2018, del cual se L.: “...Se manifiesta al Juzgado que la Escritura de Transferencia de Vehículo (no) se dio entrada en el Registro del Automotor por la falta de pago de los gastos y honorarios de la mencionada Escritura, y según manifestaciones de la Señora A.R. de L., en ese momento no contaba con el dinero para el pago y recién en el mes de octubre de 2017, el Señor D.R.P. (VENDEDOR del vehículo), hace entrega del cincuenta por ciento de los gastos para poder presentar la Escritura a la oficina correspondiente y así proceder a la Inscripción a favor de la Señora A.R. de L., y que a la fecha se halla a nombre de la misma y en la Escribanía a mi cargo, hasta tanto se proceda a la cancelación de los gastos de dicha Escritura” (f. 196).

Esta verificación vehicular necesaria para la inscripción y los costos de escrituración que no fueron abonados por la compradora de ninguna manera pueden ser considerados, en este caso, como cargas imputables al vendedor. En efecto, sin ánimos de realizar una afirmación genérica sobre el interés de la inscripción de la transferencia de bienes registrables, no puede ignorarse que, al igual que a lo acontecido en este caso, en la práctica comercial es el comprador y nuevo titular quien en la mayoría de los casos toma la iniciativa de la gestión de trámites necesarios para la inscripción, además de que, en cada caso, son las partes quienes acuerdan cómo se abonarán los costos de escrituración.

Así, mal podría castigarse al vendedor diligente, quien ya había transferido la guarda y la titularidad del bien de conformidad a la norma y cumplido con las cargas que le corresponden para concretar el acto jurídico, por la negligencia -o cuanto menos el desinterés- en cumplir con lo requerido

para la inscripción del acto por parte de la compradora, por quien el vendedor no puede ni debe responder. En efecto ¿por qué deberían los vendedores diligentes ser reputados responsables por una circunstancia sobre la cual los mismos ya no tienen control alguno? Aún más, ¿por qué deberían los demandados ser condenados a resarcir daños cuando los mismos han justificado suficientemente no sólo el haber cumplido con los trámites necesarios para transferir tanto la guarda como el dominio del vehículo automotor antes del accidente -que es la firma de la escritura pública correspondiente-, sino incluso haber cumplido con deberes que ya no le correspondían? Así, parece justo que aquel que ha probado, como en este juicio, que antes del accidente se había desprendido de la propiedad del vehículo automotor y que ha realizado todas las gestiones a su cargo para lograr la inscripción, ya no pueda ser reputado responsable.

Como último punto debo decir que no dejo de advertir que a esta posición podría ser opuesta la afirmación de que con esta solución se podría afectar negativamente la posibilidad de la víctima de obtener la reparación debida. No obstante, en contestación devienen oportunas las palabras de LLAMBÍAS: “Para atender las situaciones de infortunio que se originan en la insolvencia de los responsables han de crearse remedios apropiados con fondos estatales, seguros sociales, etc.; pero nunca ha de lesionarse la justicia obligando a un inocente a reparar el perjuicio” (las negritas son mías). En definitiva, en el mismo nivel del deber del juzgador de precautelar el derecho de la víctima de ser resarcida por los daños, se impone el deber de condenar únicamente a aquel que efectivamente deba ser reputado responsable.

Por las razones mencionadas, independientemente a la falta de inscripción, resulta indudable que la escritura pública de transferencia del bien debe ser considerada en este caso puesto que la misma, firmada con meses de anterioridad al accidente, es suficiente a los efectos de acreditar que la titularidad del bien había sido transferida a favor de un tercero. En virtud a lo señalado, podemos ciertamente aseverar que D.P. y N.H. de P. no deben responder por los daños que un tercero ha ocasionado con el rodado de cuyo dominio se han desprendido válidamente y con plena observancia de las prescripciones del art. 2071, todo lo cual se inserta en el supuesto descrito en la última parte del art. 1847 del C.C.

Finalmente, debo destacar que, con esta decisión, no estoy cambiando ni contradiciendo mi criterio sostenido en casos anteriores. En efecto, en el

Acuerdo y Sentencia N° 51 del 16 de agosto del 2019, el análisis se orientó, principalmente, en explicar la naturaleza preliminar del contrato privado de compraventa que fuera agregado por el demandado en aquel caso- por el cual se obligaban recíprocamente los contratantes a escriturar una compraventa futura pues, como lo sostuve en ese caso y lo mantengo en éste, la escrituración es el único medio idóneo para que se opere la transmisión de dominio, y ésta nunca se podrá ver enervada por la falta de inscripción.

Estamos así, entonces, en condiciones de coincidir enteramente con el sentido de lo resuelto por el Tribunal de Apelación en este apartado. Al ser otro el propietario del automotor, es éste el responsable indirecto por los daños ocasionados por la cosa y no los demandados, por lo que el factor de atribución objetivo no se configura en este caso.

Finalmente, corresponde abocarnos al estudio de los agravios contra el apartado tercero, en el cual el Tribunal resolvió: “Imponer las costas de la excepción de falta de acción en el orden causado, por los fundamentos expresados” (f. 366 vlt).

Ahora bien, una simple lectura de las constancias de autos y, en especial, del escrito de contestación de demanda es suficiente para concluir que el ad quem, al resolver sobre la imposición de costas de la defensa en cuestión, ha incurrido en un error conceptual al imponer costas a las partes cuando lo resuelto trata de una excepción opuesta como medio general de defensa.

En efecto, al haberse opuesto la excepción como medio general de defensa, los demandados han optado por hacer valer dicha defensa junto con la contestación de demanda, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 233 del C.P.C. Dicha circunstancia implica, evidentemente, que la excepción no fue admitida ni juzgada como previa, no dándose a la misma un trámite incidental. Prueba suficiente de ello resultan los términos del escrito de contestación ya mencionado y el proveído del 28 de febrero de 2018 (f. 130). En estas condiciones, no correspondía al Tribunal imponer costas independientes con respecto a la excepción resuelta. Al ser parte integrante de la contestación de la demanda, dicha defensa es inescindible a la misma y corre indefectiblemente la misma suerte del principal.

Ahora bien, no obstante lo explicado, resulta razonable considerar que la imposición de costas realizada en dicho apartado se vincula con lo decidido en el apartado segundo por el mentado Tribunal: “Declarar procedente el recurso de apelación interpuesto por D.R.P.A. y N.G.H., quedando

revocado íntegramente al artículo primero del fallo apelado, disponiendo en su lugar, la admisión de la excepción de falta de acción opuesta y, consecuentemente, desestimar la demanda que por indemnización de daños y perjuicios fue promovida contra los mismos por parte de C.B.B.R., por los fundamentos expresados”. Por dicha razón, la imposición de costas realizada puede asumirse que fue resuelta en relación a la desestimación de la demanda con respecto a D.P. y N.H., cuya defensa como medio general de defensa fue considerada procedente. En efecto, la imposición de costas en el orden causado con respecto a la excepción debe entenderse como la imposición de costas en el orden causado respecto de la demanda planteada contra los excepcionantes.

Por ello, una revisión de dicho apartado (con miras a su modificación) solo podría perjudicar a quien resultó perdedora en dicha instancia y es único apelante en esta, situación que se encuentra vedada en esta instancia por el principio de prohibición de la reforma en perjuicio, por lo que debe estarse igualmente por la confirmación del apartado tercero del fallo recurrido.

Tomando en cuenta las consideraciones expresadas, y habiéndose abordado las únicas cuestiones cuyo debate fuera admitido en esta instancia, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar lo resuelto por Acuerdo y Sentencia N° 77, con fecha 25 de noviembre de 2019, en el apartado segundo y tercero.-

Finalmente, en lo que respecta a las costas en esta instancia, las mismas deben imponerse en el orden causado (artículo 193 del C.P.C.), ello en razón a que si bien la parte recurrente ha refutado todos los argumentos del tribunal, el mismo se ha creído con suficiente derecho para realizar dichas afirmaciones, haciéndolo dentro de un marco adecuado, sin excesos y en base a argumentos que creyó le avalan en la petición formulada, circunstancias que indudablemente ameritan la excepción a la regla general dispuesta en el artículo 192 del C.P.C.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, dijo: Por S.D. N° 05/2019/06, fechada 6 de Febrero del 2.019, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Sexto Turno, de Circunscripción Judicial Itapúa, resolvió: “1.- NO HACER LUGAR a la excepción de falta de acción como medio general de defensa opuesta por los codemandados, señores D.R.P.A. y N.G.H. de P., por improcedente, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; 2.- HACER LUGAR a la

presente demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual promovido por el abogado S.F.A, bajo patrocinio de la abogada M.S.R, en representación de la señorita C.B. B. R. contra los señores D.R.P.A., N.G.H. de P. y K.D.L.R., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; 3.- CONDENAR a los demandados, K.D.L.R., D.R.P.A. y N.G.H. de P., al pago a la actora, C.B.B.R. de la suma de GUARANÍES CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL (Gs. 14.860.000), en forma solidaria en concepto de los rubros admitidos por el Juzgado por indemnización de daños y perjuicios sufridos por el accidente de tránsito producido, en el plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, debiendo descontarse al demandado K.D.L.R. la suma de Gs. 2.600.000, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; 4.- IMPONER las costas a los demandados, de conformidad al artículo 192 del Código Procesal Civil; y 5.- ANOTAR..." (fs. 280/92).

Por Acuerdo y Sentencia Número 77, con fecha 25 de Noviembre del 2.019, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala, de Circunscripción Judicial Itapúa, resolvió: "1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad respecto de K.D.L.R., y tener por desistido de los mismos a D.R.P.A. y N.G.H., por los fundamentos expresados; 2. Declarar procedente el recurso de apelación interpuesto por D.R.P.A. y N.G.H., quedando revocado íntegramente el artículo primero del fallo apelado, disponiendo en su lugar, la admisión de la excepción de falta de acción opuesta, y en consecuentemente, desestimar la demanda que por indemnización de daños y perjuicios fue promovida contra los mismos por parte de C.B.B.R., por lo fundamentos expresados; 3. IMPONER las costas de la excepción de falta de acción en el orden causado, por los fundamentos expresados; 4. Declarar parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por K.L.R. y, consecuentemente, confirmar íntegramente y con costas a su respecto lo resuelto en los artículos segundo, tercero y cuarto de la S.D. N° 05/2019/06, dictada en autos, por los fundamentos expresados; y 5. ANOTAR..." (fs. 360/6).

Preliminarmente, cabe reseñar que respecto a la expresión de agravios del apelante, el señor Ministro preopinante ha sintetizado su contenido y para evitar repeticiones innecesarias omitimos transcribir. Por A.I. N° 630, del 21 de Junio del 2.021, ésta Sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia resolvió dar por decaído el Derecho que han dejado de usar

K.L.R. y el Abogado P.M.B para presentar sus escritos de contestación del traslado corrídoles (fs. 401).

El Artículo 403 del Código Procesal Civil, norma: “El recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia se concederá contra la sentencia definitiva del Tribunal de Apelación que revoque o modifique la de primera instancia. En este último caso será materia de recurso sólo lo que hubiere sido objeto de modificación y dentro del límite de lo modificado...”.

Conforme a la norma transcripta sólo pueden ser motivos de debates los numerales segundo y tercero del Fallo recurrido, pues, en los demás numerales han recaído dobles juzgamientos en idénticos sentidos. Por ello, corresponde circunscribir a los agravios expuestos contra esos apartados de la decisión del Ad-quem.

Con relación al numeral segundo del Fallo recurrido, cabe resolver la Excepción de falta de acción pasiva como medio general de defensa opuesta por D.R.P.A.y N.G.H. de P. contra el progreso de ésta Acción.

Rememorar, que el Juicio consiste en demanda por indemnización de daños y perjuicios ocasionados en accidente de tránsito, acaecido en Ciudad La Encarnación el 2 de Abril del 2017, a las 06:00 horas, cuando la camioneta de la marca “Nissan Patrol” conducida por K.L.R. circulaba -aparentemente- a alta velocidad embistiendo al vehículo de la marca Toyota propiedad de C.B.R. que se encontraba estacionado sobre calle 14 de Mayo casi Avenida Coronel Irrazábal, visualizándose posteriormente la chapa de la camioneta en el lugar del impacto permitiendo su identificación.

Del escrito inicial se advierte que D.R.P. y N.G.H. deben resarcir los daños acaecidos por esa embestida, pues la camioneta “Nissan Patrol” -en esa fecha- se encontraba a sus nombres. También, de K.L.R. quien se hallaba al mando del referido vehículo.

El Artículo 1.847 del Código Civil norma: “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 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 debe responder”.

Conforme a la norma transcripta, habrá que juzgar si D.R.P.A. y N.G.H. eran o no propietarios del vehículo individualizado líneas antes, al momento del accidente para consecuentemente verificar sus legitimaciones pasivas.

De las constancias del Juicio se advierten que por Escritura Pública N° 240, fechada 8 de Noviembre del 2.016, D.R.P. Argüello y N.G.H. de P. transfirieron a A.R. de L. el automotor camioneta marca “Nissan Patrol”. Empero, no se inscribió, pasaremos a juzgar si esa omisión exime o no de responder por los daños acaecidos.

El Artículo 2.071, del Código Civil, reza: “La propiedad de toda clase de máquina o vehículo automotor debe inscribirse en el registro habilitado en la Dirección General de Registros, y su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravamen del mencionado registro”. Ésta norma impone que las transferencias inexorablemente deben realizarse por Escritura Pública, para que tenga efecto contra terceros, debe estar debidamente inscrita en el Registro respectivo, cumpliendo con su fin, como es la publicidad registral.

No fue hecho controvertido por la accionante la Escritura Pública de transferencia que realizaron D.R.P.A. y N.G.H. de P. a favor de A.R. de L., meses antes del siniestro. Por ende, surgen incólumes que las firmas insertas no fueron impugnadas y menos aún desconocidas por ninguna de las Partes.

Igualmente, se entregó el bien registrable por lo que D.R.P.A. y N.G.H. de P. no estaban a cargo, conduciendo ni viniendo en la camioneta “Nissan Patrol” que ocasionó el choque dañoso.

Ahora bien, según las pruebas diligenciadas no se inscribió la referida transferencia por falta de pago de gastos escriturarios que A.R. de L. debía pagar. Por el contrario, según el informe remitido por la Escribana otorgante, en fecha 13 de Junio del 2.018 (fs. 196), expresó que en Octubre del 2017, D.R.P. Argüello hizo entrega del cincuenta por ciento de los gastos escriturarios para la correspondiente inscripción, cumpliendo con sus obligaciones para concretar el negocio jurídico.

Por ello, la transferencia adquirió eficacia y eximió a D.R.P.A. y N.G.H. de P., quedando como única responsable A.R. de L. (dueña), conforme al Artículo 1.847, del Código Civil.

Luego, cabe expresar para que la acción u omisión sea reprochable, debe ser ejercida contra el sujeto que originó el riesgo creado, para consecuentemente, reparar el daño.

La Teoría del riesgo pone el resarcimiento a cargo de quien emplea la cosa que causó daño. En el caso, D.R.P.A. y N.G.H. de P. al no crear ningún

daño, no pueden responder por tercero K.L.R.- quien ocasionó daños y perjuicios que motivaron la promoción de ésta demanda.

Ergo, las responsabilidades atribuidas a D.R.P.A. y N.G.H. de P. a la sazón- fueron desplazadas al tercero –K.L.R.- autor material del accidente, por lo que concuerdo con la decisión arribada por el Ad-quem. Consiguientemente, cabe -en estricto Derecho- confirmar el numeral segundo del Fallo impugnado.

En cuanto a los agravios expuestos contra el numeral tercero del mismo Acuerdo y Sentencia, primeramente transcribiré lo resuelto en la Instancia anterior: “...IMPONER las costas de la excepción de falta de acción en el orden causado, por los fundamentos expresados...”.

Rememorar, que la defensa procedimental fue opuesta como medio general conforme al escrito de contestación a la demanda (fs. 113/8) y al Artículo 233 del Código Procesal Civil. La accionante respondió el traslado de la Excepción opuesta (fs. 123/8). Luego, por Providencia con fecha 28 de Febrero del 2.018, el A-quo tuvo por contestada aquella como medio general de defensa y tenerlo presente al momento de dictar Sentencia (fs. 130).

Así pues, esa defensa opuesta necesaria e inexorablemente deberá ser juzgada con el mérito de la cuestión debatida y no de forma previa e independiente como se da cuando se opone como de previo y especial pronunciamiento (Vide: Artículo 223, in fine del Código Procesal Civil).

Resulta diáfananamente que el Ad-quem no debió imponer Costas en la Excepción juzgada, sólo por el rechazo de la demanda. En ese entendimiento, corresponde imponer las Costas al perdidoso, K.L.R.

Por las motivaciones pergeñadas, cabe en derecho confirmar el numeral segundo del Acuerdo y Sentencia Número 77, del 25 de Noviembre del 2.019, y revocar numeral tercero del referido Fallo, conforme a lo expuesto ut supra.

En lo que respecta a Costas en ésta Instancia, existió en el apelante elemento jurídico que le generó razonabilidad suficiente para rebatir los argumentos del Fallo dictado por el Ad-quem y dada la forma de juzgamiento -en Derecho a plenitud- corresponde que las Costas sean impuestas por su orden, con sujeción al Artículo 193 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO EUGENIO JIMÉNEZ R., dijo: cabe adherir al sentido del voto de los Ministros que anteceden en cuanto a la cuestión principal, por los fundamentos que se exponen a continuación.

Lo que se discute en esta instancia es la procedencia de la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por C.B.B.R. contra D.R.P.A. y N.G.H. de P.; quienes opusieron una excepción de falta de acción como medio general de defensa.-

Como ya ha dicho este Magistrado en fallos anteriores (vide: Acuerdo y Sentencia N° 37 de fecha 23 de junio de 2021; y, Acuerdo y Sentencia N° 50 de fecha 9 de agosto de 2022), las excepciones destinadas a producir la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión, que se hacen valer en la contestación de la demanda, constituyen defensas en sentido amplio, y no en el sentido estricto de aquellas que deben ser opuestas con carácter previo, ex arts. 233 y 223 del Rito Civil. Por lo mismo, se juzgan en oportunidad de analizar la sustancia del asunto, conjuntamente con los demás argumentos defensivos; es decir, no abren una instancia por sí misma, ni principal ni incidental. Al ser así, mediante dicho tipo de defensas, no es adecuado pretender -técnicamente- la admisión de la excepción extintiva o impeditiva; lo que corresponde es solicitar la desestimación de la demanda.

Tal como quedó determinado en autos, el automóvil de la actora fue impactado, en fecha 2 de abril de 2017, por una camioneta conducida por el codemandado K.D.L.R., cuya titularidad registral correspondía a los codemandados D.R.P.A. y N.G.H. de P. Éstos últimos opusieron excepción de falta de acción como medio general de defensa, y arguyeron que habían transferido la propiedad de dicho rodado a A.R. de L., conforme consta en la Escritura Pública N° 241 de fecha 8 de noviembre de 2016 autorizada por la Escribana Pública M.C.G.B. (fs. 105/106). La actora justificó la legitimación pasiva de dichos codemandados en la titularidad del derecho de dominio sobre el automotor, e hizo alusión a la responsabilidad civil sin culpa u objetiva, ex art. 1847 del Código Civil.

Ahora bien, dicha escritura pública fue inscripta en fecha 9 de octubre de 2017 (f. 112), es decir, con posterioridad al accidente -2 de abril de 2017- que dio origen a los daños reclamados por la actora, e, inclusive, a la promoción de esta demanda, ocurrida en fecha 4 de septiembre de 2017 (f. 78).

Aquí, cabe recordar que, en el sistema jurídico nacional, la inscripción en los registros públicos es -por principio general- declarativa -y no constitutiva- según lo dispone el art. 293 del Código de Organización Judicial, que establece: “La inscripción no revalida los actos o contratos inscriptos que sean nulos con arreglo a las leyes.” Ergo, no es un requisito para la validez de los negocios jurídicos sobre derechos reales que deban ser registrados; a

diferencia de la formalidad de la escritura pública, según surge del art. 700 del Código Civil.

Luego, la exigencia de inscripción registral del art. 2071 del Código Civil debe leerse sólo en términos de oponibilidad a terceros del derecho real inscripto, y no en sentido de atribución constitutiva del mismo. Es ésta la lectura que armoniza con el sistema.

No obstante, si bien la oponibilidad -genérica- a terceros nace de la inscripción registral conforme el tenor del art. 288 del Código de Organización Judicial, nada obsta a que un tercero -en concreto- reconozca por sí mismo, inequívocamente, el estado actual del derecho sobre el bien registrable, aunque tal derecho actual no esté inscripto, y que, por ende, no sea oponible erga omnes. En escenarios semejantes, la finalidad de la publicidad a los efectos de la oponibilidad se encuentra cumplida, pues no es otra que hacer saber a terceros; y, por ende, es igualmente posible el conocimiento por otra vía.

Esto es precisamente lo que sucedió en el caso de autos; en efecto, entre las instrumentales agregadas por la actora con su escrito de demanda, se encuentra la copia simple de la carpeta fiscal caratulada: “K.D.L.R. S/ OBSTRUCCIÓN AL RESARCIMIENTO POR DAÑOS EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO” (fs. 12 y sgtes.). Como parte de la misma, obra la escritura pública de compraventa del vehículo -involucrado en el siniestro- entre D.R.P.A. y N.G.H. de P., y A.R. de L. (fs. 20/23). Si bien dicha carpeta fiscal, se reitera, es copia simple y, por tanto, no cumple con lo dispuesto en el art. 415 del Código Civil, esta deficiencia no fue impugnada por los codemandados vendedores, quienes, por el contrario, hicieron uso de aquella en oportunidad de contestar la demanda para sustentar su pretensión de rechazo, lo que implica hacer suyas sus constancias (f. 115). De esta instrumental surge que la actora tenía conocimiento de la existencia de la compraventa del vehículo desde antes de promover esta demanda.

Por otra parte, a fs. 32/33 obra un escrito presentado por la Abogada M.S.R., representante convencional de C.B.B.R., en fecha 24 de mayo de 2017, en el contexto de la investigación del Ministerio Público de los hechos que dieron origen a los daños que se reclaman en esta demanda, en el cual refirió: “Que, en el marco de la presente investigación, vengo a manifestar hechos que guardan relación con el accidente de tránsito ocurrido el día domingo 02 de Abril del año 2017 y siendo las 06:00 horas aproximadamente, donde la Camioneta Marca: Nissan, Modelo: Patrol, Color: Beige con Chapa

Nº propiedad del Señor D.R.P.A. (y que fuera vendido a la Señora A.R. de L.) [...]” (sic) (las negritas son propias). Del mismo surge, una vez más, que la actora tenía conocimiento, con anterioridad a la promoción de la presente demanda, acerca de la mencionada compraventa del vehículo. A pesar de que esta instrumental es copia simple, la misma fue agregada por la actora y, por lo tanto, le resulta oponible; sobre el particular, cabe recordar que la presentación de documentos implica confesión espontánea respecto de su contenido.

Ahora bien, tales instrumentales no son la única prueba del conocimiento de C.B.B.R. acerca de la compraventa del vehículo con anterioridad al accidente. En su absolución de posiciones, obrante a fs. 182/183, a la séptima posición, que reza: “CONFIESE como es verdad, que la Señora A.R. de L. (madre de K.D.L.R.), en todo momento se presentó ante Usted como propietaria de la camioneta individualizada como: NISSAN PATROL, que cuenta con Matrícula Nº”, la misma dijo: “No, no es cierto, el joven K.L. impactó y desapareció, cuando nosotros ubicamos con la policía por la chapa que quedo pudimos contactar con el señor D. y ahí nos dice que le vendió al señor L., al día siguiente aparece la señora A. y el padre de K. y llevaron el vehículo en la chapería, no querían pagar ni grúa y tuvo que ir andando el vehículo, fue la primera vez que quiso solucionar la chapería y pintura y no querían solucionar nada más [...]” (sic). Luego, a la décima posición que reza: “CONFIESE como es verdad, que Usted brindó el trato de dueña del vehículo individualizado como: NISSAN PATROL, que cuenta con Matrícula Nº, a la señora A.R. de L. (madre de K.D.L.R.)”, la actora respondió: “No, no es cierto, yo el trato di con el K.D.L.R. como dueña de vehículo” (sic).

Así pues, de las constancias de la carpeta fiscal, y de las respuestas brindadas en su absolución de posiciones, se desprende que, antes de promover esta acción de indemnización de daños y perjuicios, C.B.B.R. estaba al corriente de que había sido celebrado un contrato de compraventa por escritura pública del vehículo que colisionó con el suyo y causó los daños que aquí se pretenden; es decir, conocía de la transferencia de la propiedad del vehículo individualizado como marca Nissan, modelo Patrol, color Beige, chapa, de los codemandados D.R.P.A. y N.G.H. de P. a A. R. de L.

En estas condiciones, la transferencia del dominio mencionada es perfectamente oponible a la actora, con prescindencia de la falta de inscripción

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

registral; por lo mismo, existe falta de legitimación pasiva de los codemandados vendedores.

En conclusión, corresponde confirmar el apartado segundo del Acuerdo y Sentencia recurrido, y, en consecuencia, rechazar la demanda promovida por C.B.B.R. contra D.R.P.A. y N.G.H. de P.

En cuanto al apartado tercero del fallo recurrido que también fue objeto de agravios, el mismo dispuso lo siguiente: “Imponer las costas de la excepción de falta de acción en el orden causado, por los fundamentos expresados” (f. 366 vlta.). Si bien es cierto que el citado apartado hace referencia a las costas de la excepción de falta de acción, cabe aclarar, en atención a lo expuesto supra, que dicha defensa opuesta como medio general tiene el mismo carácter que cualquier otro argumento esgrimido con la finalidad de obtener la desestimación de la demanda. Por tanto, el apartado tercero, interpretado en concordancia con la decisión plasmada en el apartado segundo, no puede sino entenderse en el sentido de la imposición de costas en primera y segunda instancias en el orden causado respecto de la demanda promovida por C.B.B.R. contra D. R. P.A. y N.G.H. de P.

Aclarado ello, y considerando lo resuelto por este Magistrado en cuanto a la cuestión principal, dichas costas ya no pueden ser modificadas en esta instancia para aplicar el principio objetivo de la derrota previsto en el art. 192 del Rito Civil, ya que una decisión semejante vulneraría la prohibición de la reformatio in peius. Entonces, corresponde confirmar igualmente el apartado tercero del Acuerdo y Sentencia recurrido, y, consecuentemente, imponer las costas de la demanda promovida por C.B.B.R. contra D.R.P.A. y N.G.H. de P., de primera y segunda instancias, en el orden causado.

Las costas de esta instancia se imponen a la actora y perdidosa, por aplicación de los arts. 192 y 205 del Código Procesal Civil.

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

SENTENCIA NÚMERO 90

Asunción, 28 de diciembre del 2.022.-

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

R E S U E L V E:

JURISPRUDENCIA

TENER por desistido el Recurso de Nulidad interpuesto por el Abg. S.F.A, en representación de la parte actora.-

CONFIRMAR los apartados segundo y tercero del Acuerdo y Sentencia Número N° 77, con fecha 25 de Noviembre del 2019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala, con sede en la ciudad Encarnación, por los motivos expuestos en el exordio de la Resolución y correlativamente.-

IMPONER las costas, en esta instancia, en el orden causado.-

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Dr. Alberto Martínez Simón, Dr. Cesar Antonio Garay, Dr. Eugenio Jiménez Rolon

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna, Actuaría Judicial II

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 101

Cuestión debatida: *versa sobre la correcta interpretación, integración y aplicación de la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Código de la Niñez del año 2001 en lo que atañe al Principio del Interés Superior del Niño en conocer su identidad biológica. El voto mayoritario sostiene la aplicación supletoria de los plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento o de impugnación de la paternidad como lo disponen los artículos 239 y 247 del Código Civil. Por su parte, el voto en minoría sostiene que los artículos 183 y 184 del Código de la Niñez y la Adolescencia no establecen plazos al referirse al procedimiento especial en la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de filiación; agrega, que en la jurisdicción especializada se aplican las normas que protegen el derecho a la identidad de los niños y el concomitante derecho del niño a conocer la verdad sobre su origen.*

FILIACIÓN. Procedimiento para la filiación.

Esta demanda de desconocimiento de la filiación fue iniciada por el señor O.A.A.A. contra la señora E.S. y en relación al niño E.D.A.S. el 18 mayo de 2020, según fojas 08 de autos. Haciendo un cómputo del plazo transcurrido entre el nacimiento y la demanda, fácil es advertir que transcurrieron 7 años, por lo que este lapso debe ser juzgado a la luz de las disposiciones del Código Civil, cuyo epígrafe dice ACCION DE FILIACION. **(Opinión de la preopinante Rosalba Garay Stéfani).**

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V. Filiación. Irrevocable.

Sin embargo, en el presente caso, el pedido de desconocimiento no es realizado por quien detenta el derecho a la identidad, quien es el niño E.D.A.S., por el contrario, es su padre un adulto responsable, quien entabla demanda contra la madre del niño por el desconocimiento. Sin embargo,

hace esta demanda después de haberlo reconocido en forma voluntaria ante el Registro del Estado Civil, reconocimiento que según el artículo 231 del Código Civil es “irrevocable y no admite condiciones ni plazos”.

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V. Filiación.

Es así que el Estado Paraguayo determina que la consanguinidad se determina por el reconocimiento voluntario de buena fe, tal acto solo puede ser dejado sin efecto para el caso del marido a los 60 días desde que tuvo conocimiento del parto, que en el presente caso fue el mismo padre quien inscribió el nacimiento 6 días después del parto, habiendo transcurrido en exceso el plazo que tenía para desconocer el reconocimiento realizado de buena fe, por lo que presentó su acción de desconocimiento fuera del plazo que la ley otorga para ello.

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V. Filiación socio afectiva.

Al respecto, corresponde analizar si dicho plazo es aplicable, como ya se mencionó más arriba, tales plazos no fueron declarados inconstitucionales. Pues nuestro ordenamiento jurídico reconoce la filiación socio afectiva, no solo en la adopción, sino también en los casos -como el analizado- en los que se reconoce a un hijo en forma voluntaria de buena fe, pero habiéndose enterado que no es su hijo no se acciona en el plazo debido, haciendo que la identidad del niño se consolide. Por lo que no se puede afectar el derecho del niño a una identidad creada, a su estabilidad, a su paz familiar, cuando el que ha reconocido voluntariamente tenga ganas de desconocerlo, dejando al niño en una absoluta inseguridad jurídica.

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V. VICIOS. ERROR. PLAZOS PROCESALES.

Por otro lado, no se ha demostrado que el reconocimiento tuvo vicios de la voluntad, no está probado en autos que el Sr. A. fue inducido a error o fraude para reconocer a su hijo, es más, el mismo afirma que reconoció a su hijo de buena fe; es así que se aplica lo dispuesto por el artículo 288 del Código Civil que dispone: “La parte que ha sufrido error no puede prevalerse de él contra las reglas de buena fe”. Siendo así, el señor A. reconoció a E. de buena fe, sin que nadie le haya inducido a errar, por lo que su voluntad no estuvo viciada. Además generó un vínculo jurídico basado en la buena fe,

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

del cual se generan derechos para E. quien también es considerado de buena fe, por lo que no puede luego de 7 años intentar desconocer el vínculo jurídico, que fue generado por su acción voluntaria y de buena fe. Incluso si existía dudas debía aclararlas en el tiempo oportuno de 60 días desde el parto, pues de lo contrario se aplica lo dispuesto en el artículo 289 del cuerpo legal citado, que establece: "...El error no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá ser alegado cuando procediere de negligencia imputable...". Es decir, que la parte que solicita la nulidad por vicio de error no puede alegar su propia torpeza para invalidar el acto.

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V.

En otras palabras, el Estado paraguayo permite que la consanguinidad se cree por un reconocimiento voluntario, pues implica generar derechos a favor del niño, pero no admite que la persona que reconoció en forma voluntaria y de buena fe, desconozca al niño a su antojo, en un plazo indefinido, pues esa acción implica desplazamiento de derechos para el niño.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Autonomía progresiva.

Siendo así, corresponde proteger el interés superior del niño, es decir proteger todos sus derechos en todo momento y en caso que exista oposición de derechos, hacer una ponderación de los mismos para que la protección sea lo más efectiva posible. En el presente caso, se contraponen la identidad biológica con la identidad socio afectiva del niño, pues el demandante lo reconoció en forma voluntaria, siendo un adulto responsable de sus actos, dejó transcurrir siete años desde el conocimiento del parto para iniciar el juicio, por lo que no se puede privar al niño de identidad paterno filial, pues nuestro ordenamiento jurídico protege la identidad formada y la estabilidad familiar, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución de la República. Diferente sería la cuestión si es el niño o niña quien impugna la paternidad, pues es parte a su derecho personalísimo a la identidad, un derecho humano fundamental que es imprescriptible, conforme lo había mencionado la Ministra Mirian Peña en el fallo de la Corte Suprema de Justicia, más arriba mencionado.

**RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN V. COSA JUZGADA.
Efectos de la cosa juzgada.**

Respecto a si la cuestión analizada hace cosa Juzgada, esta Magistratura considera que la acción de desconocimiento que se da entre el padre contra la madre respecto al desconocimiento de filiación hace cosa Juzgada, sin embargo, el derecho del niño a definir su identidad se mantiene intacto, porque si bien el niño fue oído, conforme a su edad y madurez, se considera que el mismo todavía no tiene la madurez suficiente para comprender las implicancias jurídicas del reconocimiento de filiación que realizó O.A. como su padre y el actual juicio de desconocimiento. En otras palabras, el niño tiene protegido su derecho a saber la verdad material, a conocer su verdad biológica, pues su padre quien lo reconoció ante el Registro Civil no es su padre biológico, conforme a las pruebas agregadas en autos. Sin embargo, el acto de reconocimiento realizado produce efectos jurídicos hasta tanto sean dejados sin efecto, el Sr. O.A. intentó dejar sin efectos a través del juicio de desconocimiento, pero lo hizo fuera del plazo legal que tenía para hacerlo, por lo que no se puede hacer lugar a dicho pedido. Sin embargo, cuando E.D.A.S. tenga la suficiente madurez para determinar si quiere seguir identificándose jurídicamente como hijo de O.A., podrá plantear la acción de impugnación de filiación y dejar sin efecto tal reconocimiento.

PROCESO. PROCEDIMIENTO SUMARIO. PRUEBA DE PERITOS. Principios generales.

El niño E.D.A.S. de nueve años, por disposición de la Jueza de Primera Instancia por Auto Interlocutorio Número 158, del 31 de diciembre del 2020 debió concurrir a la toma de dos muestras de sangre. Consta en esta causa que el niño se realizó una primera prueba de ADN extrajudicialmente agregada a fs. 3 de autos, donde se ha excluido al Señor O.A.A.A. como padre del niño. Estas pruebas deben ser valoradas conforme al artículo 183 y 184 del Código de la Niñez que hacen referencia a las acciones de filiación, de un niño concebido dentro del matrimonio en las acciones de desconocimiento. La Jueza de Primera Instancia dió cumplimiento a estos artículos solamente para el diligenciamiento y la producción de ésta prueba, sin embargo en el momento de valorarlas no las consideró preferencialmente como dispone la norma. **(Opinión disidente de la magistrada Gloria E. Benítez).**

FILIACIÓN. Procedimiento para la filiación. Procedimiento especial en la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de la filiación.

Sopesando la jerarquía de las normas; el artículo 53 de la Constitución Nacional de 1992 posibilita la investigación de la paternidad. Esta norma constitucional no establece plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento o de impugnación de la paternidad como lo disponen los artículos 239 y 247 del Código Civil. El Código de la Niñez y la Adolescencia no establece plazos en los artículos 183 y 184 al referirse al procedimiento especial en la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de filiación. El Código Civil Paraguayo comenzó a regir el 01 de enero de 1987, por lo tanto, claramente es anterior a la Constitución Nacional y a la ley 57 del año 1990 que regulan el derecho a la identidad como supremo derecho. Las resoluciones judiciales tienen sus efectos en el tiempo y deben ser una manifestación de justicia. Sujetar a un niño que no recibe afecto ni es hijo del accionante considero injusto. En este tipo de juicios causan ejecutoria, razón por la cual la instancia no concluye en los tribunales de apelación, y son revisados los fallos por la Corte Suprema de Justicia.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Prelación de las leyes.

Por consiguiente, al insertarse la norma Constitucional, Ley Suprema de la Nación, con preferencia a otras de rango inferior, conforme a la prelación de las leyes dispuestas en el art. 137 de nuestra Carta Magna, y siendo el derecho a la identidad un derecho fundamental, considero que los plazos de caducidad no proceden en juicios de esta naturaleza.

FILIACIÓN. Legitimación.

A su vez el artículo 236 del Código Civil prevé que es el marido quién tiene acción para plantear el desconocimiento del hijo. El niño en este caso tiene nueve años, por lo cual se encuentra representado por su madre E.S., quien contribuyó efectivamente en el diligenciamiento de las pruebas de ADN.

FILIACIÓN. Reclamación de estado.

Encuentro errada la apreciación de la jueza en el fallo en estudio, cuando hace referencia a la posesión de estado a fojas 139 de autos. La posesión de estado se valora conforme al artículo 235 del Código Civil, cuando el niño no tiene la calidad de hijo conforme al título, que constituye el certificado de nacimiento. E.A.S. fue reconocido por el Señor O.A. y el instrumento público se encuentra agregado a fs. 1 de autos. El artículo 235 del CC se debe analizar en concordancia con la acción de reconocimiento de filiación prevista en el artículo 234 del CC en donde no existe un emplazamiento del estado civil del niño. El artículo 234 del CC expresa: “Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padre.... No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de los padres”.

COSTAS. Costas al vencido.

En cuanto a las costas, en esta instancia, corresponde imponerlas a la perdedora, de conformidad del art. 203 del C.P.C inc. “b”

Tapel. De la Niñez y la Adolescencia de la Capital 30/11/2022 “E.D.A.S. s/ Desconocimiento de Filiación” (Sent. N° 101).

Previo estudio de los antecedentes del caso el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia?

En caso contrario, ¿es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Rosalba Garay Stéfani, Gloria Elizabeth Benítez Ramírez y María Belén Agüero Cabrera.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MIEMBRO PRE-OPINANTE MAGISTRADA ROSALBA MAGDALENA GARAY STÉFANI, DIJO:

DE LA NULIDAD:

De la lectura de lo planteado a través del presente recurso, se infiere que el mismo no ha sido fundado, por lo tanto, esta Magistratura considera que, conforme con el Artículo 404 del Código procesal civil no se advierte la existencia de violación al Derecho a la Defensa o al Debido Proceso, en consecuencia, ante la falta de fundamentación del recurso interpuesto, es de

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

parecer que corresponde declararlo desierto, de conformidad al artículo 419 del Código procesal civil. Es mi voto.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MIEMBRO
PREOPINANTE MAGISTRADA ROSALBA GARAY STÉFANI, DIJO:
DE LA APELACION:**

Por la sentencia recurrida el Juzgado resolvió: “1) NO HACER LUGAR, a la presente acción de DESCONOCIMIENTO DE FILIACION que promueve el señor O.A.A.A. contra la señora E.S.R. y con relación al niño E.D.A.S., por los fundamentos expuestos.... 4) COSTAS en el orden causado 5) NOTIFICAR por cédula en soporte papel a las partes. 5) EXPEDIR Copia autenticada por Secretara a los interesados. 6) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia (134/139).

Por S.D. N° 173 de fecha 19 de mayo de 2022, el Juzgado aclaró la S.D. N° 117 de fecha 12 de abril de 2022 estableciendo: 1) NO HACER LUGAR, a la presente acción de DESCONOCIMIENTO DE FILIACION que promueve el señor O.A.A.A. contra señora E.S.R. y con relación al niño E.D.A.S., por los fundamentos expuestos.... 2) COSTAS en el orden caudado. 3) NOTIFICAR por cedula en soporte pape/ a las partes. 4) EXPEDIR Copia autenticada por Secretaria a los interesados. 5) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia (fs. 149 voto).

Contra las referidas sentencias, el señor O.A.A.A. por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, interpuso recurso de apelación, expresando en sus agravios: “El a quo afirma en la resolución recurrida que los resultados de las pruebas periciales de ADN realizadas no son contundentes y concluyentes para el presente caso. Tal afirmación se contrapone con lo expresamente previsto en el Art. 184 del C.N.A. La preferencia o preponderancia que se ha dado a la prueba científica radica en el hecho que la misma es la única que permite establecer el vínculo paterno filial con certeza absoluta. Aun en el hipotético caso de considerar la existencia de la referida filiación socio afectiva mencionada por el A quo, en el presente caso no podemos hablar de que existe una relación paterno — filial consolidada por el estado de familia, ni una identidad asumida por el menor. Las declaraciones del niño realizadas en la audiencia en la que fue oído por el A quo nos permiten concluir con certeza que no existe una identificación de la figura paterna en O.A., o por lo menos no una exclusiva y consolidada. La Primera manifestación del niño y lo que espontáneamente respondió es que su padre es J. (pareja de su madre), seguidamente habla de su papá R. y por último menciona

a O. Cuando el niño fue evaluado por la Psicóloga ni siquiera hizo referencia a mi persona, habló de su papá J. y de su papá R. Hay un paá que nos dejó que se llama R. y ahora tengo otro papá que se llama J. Hace un mes que vive con nosotros. A R. hace mucho que ya no le veo como dos o tres meses, antes venía a visitarnos en mi casa y me traía regalitos. Le extraño a R. porque hace mucho ya no le veo. Existen además otras manifestaciones realizadas por el niño que no pueden pasar por alto, por ejemplo, el hecho de que no conoce cómo se encuentra constituida mi familia, no sabe si tengo padres, no sabe si tengo hermanos, no está seguro de haber visto a mi madre. Estas manifestaciones lo único que ponen de manifiesto es que no existe una relación consolidada por el estado de familia erróneamente concluye la Jueza. No podemos hablar de familia y estado de familia cuando que la familia que tenía formada con la madre del menor se disolvió cuando el niño tenía 7 meses, es decir, él nunca vivió en un ambiente familiar constituido por papá, mamá y hermanos. Para concluir la identidad de una persona no puede basarse en una mentira; el interés superior del niño se respeta conociendo su identidad biológica y posibilitando conocer a su padre biológico y a su entorno, para así construir una personalidad sana y equilibrada del niño E.D. Solicita la revocación de la resolución recurrida y, en consecuencia, dispongan HACER LUGAR a la demanda de desconocimiento de filiación y en consecuencia ordenar los tramites correspondiente para la rectificación del acta de nacimiento (fs. 154/159).

Por A.I. No 143 del 28 de julio de 2022, este Tribunal dio por decaído el derecho que tenía la Señora E.S. para contestar el traslado que le fuera corrido por providencia de fecha 27 de junio de 2022 fs. 160 de autos. Asimismo, se corrió vista a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia por el plazo de 9 días (fs. 163).

La Defensora de la Niñez y la Adolescencia, interina del Cuarto, Abg. Adriana Marecos, ha contestado la vista corridole. En su dictamen No 550 de fecha 08 de agosto de 2022, menciona de conformidad a los art. 337,339 y 341 del Código Civil, da pie a la caducidad de la acción atendiendo a la fecha de conocimiento por parte del Sr. O.A., fue iniciada en fecha 17 de febrero de 2020, momento en que el actor recibe los resultados de la prueba biológica que había realizado en forma particular, a raíz de dicho conocimiento plantea la acción en fecha 18 de mayo de 2020. Concluye que las sentencias deben ser confirmadas (fs. 164/166).

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

La Fiscal de la Niñez y la Adolescencia Abg. Monalisa Muñoz de Lovera manifestó: *Esta representación Fiscal no concuerda con la resolución tomada por la magistrada en el sentido de que la misma afirma que existen medios probatorios suficientes para acreditar que el niño E.D. cuenta con una relación socio afectiva muy fuerte con el Sr. O.A., contraponiéndose lo observado y estudiado por la Psicóloga Forense del Equipo Asesor de la Justicia del Juzgado; en el cual menciona que el niño E.D. presenta confusiones con respecto a su identidad y a la figura paterna; ...” **Con respecto a su familia, si bien presenta pertenecía a la madre y sus dos hermanos, hay confusiones con respecto a su identidad y a la figura paterna”.** (fs. 178).*

CUESTION PREVIA

El matrimonio constituido por los señores E.S.R. y O.A.A.A. se realizó en fecha 24 de junio de 1998 conforme al certificado de fojas 02, fruto de dicha unión nació E.D.A.S. (certificado de nacimiento de fojas. El presente juicio lo inicio el señor O.A.A.A. en fecha 18 de mayo de 2020, por desconocimiento de filiación en contra de la señora E.S.R. con relación al niño E.D.A.S., alegando que unos meses después del nacimiento del niño E. surgieron los problemas de la pareja, lo que culminó con la separación de ambos enero de 2014 y posterior divorcio en el año 2016, las dudas con relación a la paternidad de que E. empezaron a surgir en el mes de febrero de 2020, ante los rumores y sospechas de que E. podría no ser su hijo biológico, el Sr. O.A.A., se realiza una prueba de ADN extrajudicial en el laboratorio Díaz Gill, el cual arroja un resultado negativo a la paternidad del niño E.D.A.S..

Corridole traslado a la parte demandada, señora E.S.R. negó rotundamente todo lo manifestado por la parte actora, asimismo ha referido que en el acto de inscripción del nacimiento del niño, el Sr. O.A. se presentó voluntariamente a reconocerlo, por lo que el cambio de identidad sería injusto y cualquier modificación afectaría su personalidad e iría contra el interés superior del niño.

Obran en autos dos pruebas periciales de ADN, realizadas en el laboratorio CURIE (fs. 86) como así también del laboratorio ADN LAB GERNO-MIC (fs. 100) concluyendo ambos laboratorios que;... **“El señor O.A. no es el padre biológico de E.D.A.S.”.**

En el informe psicológico por la Lic. Karina González realizada al niño E.D.A.S. en conclusiones y recomendaciones menciona: *Que el niño E.D.A.S. se encuentra con signo de perturbaciones de índole emocional y afectiva en*

sus personalidades realizadas con su historia de vida y con los conflictos judiciales actuales. Creemos convenientes abordar mediante tratamiento psicológico el origen y la identidad del niño teniendo en cuenta que los resultados laboratoriales ADN han sido concluyentes ya que la madre sostiene que su ex esposa es el padre del niño E. necesita conocer a su padre biológico de manera a construir una personalidad sana y equilibrada ya que se ha vulnerado su derecho fundamental de tener una identidad y de tener un relacionamiento con su padre y su entorno. Sugerimos que la progenitora debe tener una actitud de predisposición para que el niño pueda conocer a su padre biológico (fs. 116).

Igualmente en el informe Psicológico por la Lic. Ana Karina González realizada a la señora E.S.R. en sus conclusiones y recomendaciones menciona: *Según los resultados de los estudios realizados a la Sra. E.S.R. presenta signos de conflictos íntimos, inmadurez emocional y afectiva que condiciona su rol materno ya que no le brinda estabilidad y seguridad a su hijo E. Serian conveniente que la Sra. reciba tratamiento psicológico de manera a abordar conflictos mencionados ya que los mismos repercuten en la calidad del vínculo entre madre e hijo. Por último, seria de suma importancia que la progenitora priorice el bienestar del niño E. por sobre interés personales o de pareja (fs. 118 vlto).*-

En la audiencia del niño E.D.A.S. manifestó: *Me dicen E.D. no tengo apodos, voy al segundo grado en el colegio Otilia, vivo en Mariano Roque Alfonso, con mi Mamá E. y mi Papá se llama J., mi hermano S. y D. y mi abuela I., me gusta jugar a las cosquillas, mis hermanos tienes 15 y 18 años, no me gusta el futbol, me gustan más los autos a control remoto y jugamos a las pistolas. Estoy de exámenes y tengo clases virtuales, me gusta jugar play, me siento muy bien, esta es la segunda que vengo creo que era J., no es la verdad, no recuerdo. El papá de mis hermanos es O.A., cuando era más chico yo iba a su casa, pero después pensó el que mi mama le estaba engañando y después ya no nos fuimos, yo le extraño a mi hermano le trae galletitas y a mí no me trae nada, viene cada domingo a llevarlos a ellos y yo me quedo en mi casa. Con J. me llevo bien pero no le digo papá, él es novio de mi mamá R. era un papá mío que le dejo a mi mamá también, después de O., yo a O. **le siento como mi papá, yo le quiero a él, una vez me trajo una patineta por mi cumpleaños, cuando cumplí 7 años, mi mamá no le habla a O., yo solo suelo ver su coche cuando viene a buscarle a mis hermanos y me gustaría que le siga siendo mi papá, también tengo a***

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

J. como una figura paterna, pero yo quiero mucho a O.. Mi mamá sale con J. solos, él vive en nuestra casa. Yo siento por O. amor, ternura, yo no hablo por teléfono con él, yo no le dije a mi mamá o mis hermanos que quiero hablar con él, yo cuando juego play fornite, tienes que ganarles a todos y quedar primero. Yo quiero verles a mi papá O. Una vez me recuerdo nos subimos a su auto y me compro una pista de carrera, cuando mis hermanos se iban yo también le veía mucho, no es siempre, con mis abuelos viví siempre. La última vez que O. le busco a mis hermanos fue el domingo pasado, cuando tenía 6 años yo vi una película con O., a los papás de O., nunca les vi, no sé si mis hermanos le conocen, no sé O. también hermanos, creo que a la mamá de O. le vi una vez creo que se llama Ña D., papá no vino el año pasado pero los reyes si vinieron y me trajeron bombón y una pistola (fs. 117).

Queda suficientemente probado que el niño E.D.A.S. nació durante el matrimonio del señor O.A.A.A. y la señora E.S., puesto que estos contrajeron matrimonio el 24 de junio de 1998, y que el mismo fue disuelto por sentencia judicial Nro. 203 de fecha 5 de mayo de 2016, conforme nos instruye el certificado de matrimonio de fojas 23 y el niño E. nació el 7 de mayo de 2013, cuyo certificado expedido por el registro civil a fojas 01 de autos. Cabe destacar que a tenor del último instrumento público, la declaración de nacimiento ante el Oficial del Registro Civil fue realizada el 13 de mayo de 2013, o sea 6 días después de acontecido este hecho jurídico, por su padre el señor O.A.A.A.

Esta demanda de desconocimiento de la filiación fue iniciada por el señor O.A.A.A. contra la señora E.S. y en relación al niño E.D.A.S. el 18 mayo de 2020, según fojas 08 de autos. Haciendo un cómputo del plazo transcurrido entre el nacimiento y la demanda, fácil es advertir que transcurrieron 7 años, por lo que este lapso debe ser juzgado a la luz de las disposiciones del Código Civil, cuyo epígrafe dice ACCION DE FILIACION.

La cuestión debatida en el caso de estos autos, debe ser resuelta a tenor del dispuesto en las acciones de filiación cuyas normas fueron establecidas desde los artículos 239 del Código Civil establece: ***La acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio prescribe a los sesenta días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto, la demanda será promovida contra la madre y el hijo. Si este falleciere, el juicio se ventilará con sus herederos.*** Esta normativa tiene como fuente el artículo 254 del Código Civil Vélez

Serfield y el artículo 311 del ante proyecto del Código Civil de Luis De Gásperi. Asimismo, el artículo 243 dispone: **“Cuando el marido ha reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o dejó vencer el plazo sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, salvo que por error o fraudulentamente el marido haya sido inducido a reconocer el hijo como propio. En este caso la acción deberá ser promovida por el marido, sus descendientes o herederos, dentro de los sesenta días de conocido el fraude o error”**.

Bien sabemos que cada derecho subjetivo, para ser protegido le corresponde una acción, y que promovida la misma entra en la órbita judicial, el que en caso de conflicto debe resolver conforme a las reglas previstas en la ley.

Nótese, que la ley utiliza el vocablo técnico jurídico de prescripción, cuyo alcance corresponde definir. En esa finalidad es relevante recurrir a los que dispone acerca de la prescripción deliberativa del Código Civil y que para mejor ilustración transcribir el artículo 633 del Código Civil que dice: *Todo aquel que estuviera obligado al cumplimiento de un hecho o a obtenerse de él. Podrá eximirse de su obligación fundada en el transcurso del tiempo. Conforme con las disposiciones de este Código. **No estarán sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia.*** Siendo así el término de prescripción utilizado en nuestra normativa mencionada más arriba hace referencia a la caducidad de la acción. En efecto el artículo 634 del Código Civil dispone: *Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constituido solo existan por tiempo determinado o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. **Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho.*** En esta posición jurídica y a fin de dar mayor solidez a esta opinión transcribimos lo que Manuel Osorio en su diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales dice: *Acción y efecto de caducar, acabarse extinguirse, perder su efecto o vigor, por cualquier motivo, alguna disposición legal, algún instrumento público o privado o algún acto judicial o extrajudicial. **La caducidad se puede producir, entre otros motivos, por la prescripción, por el vencimiento del plazo, por falta de uso, por desaparición del documento.*** En conclusión el término de prescripción utilizado por el Código Civil tiene la significación y valor procesal de caducidad.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

La Corte Suprema de Justicia no ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos 239 y 243 que se aplican al presente caso, si bien han dicho que otros plazos para estudiar la filiación son inconstitucionales, se refieren cuando la persona reconocida por otra quiere conocer su verdadera identidad y como tal derecho personalísimo es imprescriptible, declara la inconstitucionalidad de los plazos fijados.

A este respecto es importante traer a colación el fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en especial de la Ministra en ese entonces Dra. Mirian Peña dice: *“No obstante, si bien es dentro que la Sala Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del art. 247 del Código Civil en cuanto limita en el tiempo plazo de caducidad de ciento ochenta (180) días la promoción de la acción de impugnación de paternidad / maternidad criterio que comparto, cabe aclarar, que en tales casos el accionante era el propio hijo quien reclamaba su derecho a conocer y hacer prevalecer su verdadera filiación. Es decir, el contexto en que el art. 247 del Código Civil, se muestra incompatible con principios y postulados constitucionales y convencionales de carácter prevalente, es cuando se aplica el supuesto del hijo/a, titular de derecho a esclarecer su filiación, quien busca indagar su realidad biológica, en cuanto hace a su derecho a la identidad., no así cuando se trata de un tercero, quien con intereses distintos a los mencionados, se presenta a promover la acción de Impugnación, como es el caso de autos”*.

Sin embargo, en el presente caso, el pedido de desconocimiento no es realizado por quien detenta el derecho a la identidad, quien es el niño E.D.A.S., por el contrario, es su padre un adulto responsable, quien entabla demanda contra la madre del niño por el desconocimiento. Sin embargo, hace esta demanda después de haberlo reconocido en forma voluntaria ante el Registro del Estado Civil, reconocimiento que según el artículo 231 del Código Civil es “irrevocable y no admite condiciones ni plazos”.

Siendo así, tenemos que la acción fue planteada fuera del plazo que la ley otorga para hacerlo, por lo que ha caducado, por lo que es imposible que la acción prospere.

El parentesco en la legislación paraguaya.

El Código Civil en su artículo 249 establece que el parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad y adopción. El apelante expresa que no está regulada la filiación socio afectiva, sin embargo, la adopción es la muestra más clara de aceptación de la filiación socio afectiva en el ordenamiento

jurídico paraguayo. Por otro lado, la filiación socio afectiva puede verse en los plazos que la ley establece para reclamar el desconocimiento de filiación.

Para mejor entendimiento es importante aclarar respecto al vínculo por consanguinidad, ¿cómo se adquiere el mismo en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Por una prueba biológica o por un reconocimiento voluntario? Esa interrogante se aclara con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 1266/87, que dispone: “El hecho de hacer constar el nombre del padre o de la madre a indicación de ellos en la partida del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación”. Tal reconocimiento voluntario es reforzado con la disposición del artículo 231 del Código Civil que dice que el reconocimiento es irrevocable y no admite condiciones ni plazos.

Es así que el Estado Paraguayo determina que la consanguinidad se determina por el reconocimiento voluntario de buena fe, tal acto solo puede ser dejado sin efecto para el caso del marido a los 60 días desde que tuvo conocimiento del parto, que en el presente caso fue el mismo padre quien inscribió el nacimiento 6 días después del parto, habiendo transcurrido en exceso el plazo que tenía para desconocer el reconocimiento realizado de buena fe, por lo que presentó su acción de desconocimiento fuera del plazo que la ley otorga para ello.

Al respecto, corresponde analizar si dicho plazo es aplicable, como ya se mencionó más arriba, tales plazos no fueron declarados inconstitucionales. Pues nuestro ordenamiento jurídico reconoce la filiación socio afectiva, no solo en la adopción, sino también en los casos -como el analizado- en los que se reconoce a un hijo en forma voluntaria de buena fe, pero habiéndose enterado que no es su hijo no se acciona en el plazo debido, haciendo que la identidad del niño se consolide. Por lo que no se puede afectar el derecho del niño a una identidad creada, a su estabilidad, a su paz familiar, cuando el que ha reconocido voluntariamente tenga ganas de desconocerlo, dejando al niño en una absoluta inseguridad jurídica.

Por otro lado, no se ha demostrado que el reconocimiento tuvo vicios de la voluntad, no está probado en autos que el Sr. A. fue inducido a error o fraude para reconocer a su hijo, es más, el mismo afirma que reconoció a su hijo de buena fe; es así que se aplica lo dispuesto por el artículo 288 del Código Civil que dispone: “La parte que ha sufrido error no puede prevalerse de él contra las reglas de buena fe”. Siendo así, el señor A. reconoció a E. de buena fe, sin que nadie le haya inducido a errar, por lo que su voluntad no estuvo viciada. Además generó un vínculo jurídico basado en la buena fe,

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

del cual se generan derechos para E. quien también es considerado de buena fe, por lo que no puede luego de 7 años intentar desconocer el vínculo jurídico, que fue generado por su acción voluntaria y de buena fe. Incluso si existía dudas debía aclararlas en el tiempo oportuno de 60 días desde el parto, pues de lo contrario se aplica lo dispuesto en el artículo 289 del cuerpo legal citado, que establece: "...El error no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá ser alegado cuando procediere de negligencia imputable...". Es decir, que la parte que solicita la nulidad por vicio de error no puede alegar su propia torpeza para invalidar el acto.

En otras palabras, el Estado paraguayo permite que la consanguinidad se cree por un reconocimiento voluntario, pues implica generar derechos a favor del niño, pero no admite que la persona que reconoció en forma voluntaria y de buena fe, desconozca al niño a su antojo, en un plazo indefinido, pues esa acción implica desplazamiento de derechos para el niño.

En cuanto a la doctrina sobre la materia y normativas vigentes existen dos posturas; **la teoría del biologismo puro o a ultranza** que prioriza el origen genético o biológico del niño/a por sobre cualquier otra cuestión, para esta parte de la doctrina lo que interesa es que la verdad biológica coincida con la filiación que ostente el sujeto en el certificado a la identidad respectivo. Por otra parte, se encuentra la postura que sostiene que la identidad del niño se sustenta además en la **socio afectividad**, considerando de fundamental importancia no solo su realizada biológica sino otros elementos que hacen a la faz dinámica del derecho al identidad, ya citados precedentemente. A estas dos posturas, podemos agregar una tercera, que **llamamos ecléctica** y que sostiene que se debe analizar la cuestión planteada en cada caso concreto y a la luz del principio del interés superior del niño, debiéndose resolver lo que fuere más beneficioso para el niño/a y adolescente sujeto a la consideración del juzgador. Es justamente a esta última postura, **"la ecléctica"**, que sostenemos a la presente fundamentación.

En ese sentido el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), en su obra "Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño", aclara respecto al artículo 7 de la Convención que: "la definición de "padres" incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque solo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate- ya que

estas definiciones sociales son importantes para identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, a de los padres psicológicos del niño, lo que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño y, por lo tanto, a los derechos reconocidos en el artículo 8^o¹.

La misma obra aclara que el término utilizado en la Convención en su artículo 7 “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres..” autoriza que en ciertos casos el niño no conozca a sus padres, aclara que los Estados partes pueden establecer limitaciones a tal derecho, como ser entre otras: 1) cuando las leyes de adopción limitan el derecho al acceso a la información sobre padres biológicos 2) niños nacidos dentro del matrimonio 3) cuando las leyes protegen el anonimato de la donación de óvulos/espermas. Sin embargo, estas limitaciones citadas son las más controvertidas, por lo que se aclara que si bien el Estado puede permitir en ciertos casos que el niño no conozca su verdadera identidad, debe reconocer el derecho a su autonomía progresiva, es decir, a poder investigar su verdadera paternidad cuando el niño lo decida, por lo que dicha acción al ser un derecho humano personalísimo, es imprescriptible y la presente acción no causa cosa juzgada para el niño que a la fecha no cuenta con la suficiente madurez para determinarse².

El interés superior del niño y su autonomía progresiva.

Siendo así, corresponde proteger el interés superior del niño, es decir proteger todos sus derechos en todo momento y en caso que exista oposición de derechos, hacer una ponderación de los mismos para que la protección sea lo más efectiva posible. En el presente caso, se contrapone la identidad biológica con la identidad socio afectiva del niño, pues el demandante lo reconoció en forma voluntaria, siendo un adulto responsable de sus actos, dejó transcurrir siete años desde el conocimiento del parto para iniciar el juicio, por lo que no se puede privar al niño de identidad paterno filial, pues nuestro ordenamiento jurídico protege la identidad formada y la estabilidad familiar, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución de la República. Diferente sería la cuestión si es el niño o niña quien impugna la

¹ UNICEF, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño. Año 2001. Pág. 109

² Ibidem, Pág. 109

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

paternidad, pues es parte a su derecho personalísimo a la identidad, un derecho humano fundamental que es imprescriptible, conforme lo había mencionado la Ministra Mirian Peña en el fallo de la Corte Suprema de Justicia, más arriba mencionado.

Respecto a si la cuestión analizada hace cosa Juzgada, esta Magistratura considera que la acción de desconocimiento que se da entre el padre contra la madre respecto al desconocimiento de filiación hace cosa Juzgada, sin embargo, el derecho del niño a definir su identidad se mantiene intacto, porque si bien el niño fue oído, conforme a su edad y madurez, se considera que el mismo todavía no tiene la madurez suficiente para comprender las implicancias jurídicas del reconocimiento de filiación que realizó O.A. como su padre y el actual juicio de desconocimiento. En otras palabras, el niño tiene protegido su derecho a saber la verdad material, a conocer su verdad biológica, pues su padre quien lo reconoció ante el Registro Civil no es su padre biológico, conforme a las pruebas agregadas en autos. Sin embargo, el acto de reconocimiento realizado produce efectos jurídicos hasta tanto sean dejados sin efecto, el Sr. O.A. intentó dejar sin efectos a través del juicio de desconocimiento, pero lo hizo fuera del plazo legal que tenía para hacerlo, por lo que no se puede hacer lugar a dicho pedido. Sin embargo, cuando E.D.A.S. tenga la suficiente madurez para determinar si quiere seguir identificándose jurídicamente como hijo de O.A., podrá plantear la acción de impugnación de filiación y dejar sin efecto tal reconocimiento.

No obstante, a la fecha el niño se sigue identificando como hijo de O., según sus expresiones ante el Juzgado: “...**yo a O. le sienta como mi papá, yo le quiero a él, una vez me trajo una patineta por mi cumpleaños, cuando cumplí 7 años, mi mamá no le habla a O., yo solo suelo ver su coche cuando viene a buscarle a mis hermanos y me gustaría que el siga siendo mi papá...**”. Por lo que esta Magistratura no cree que el niño sienta interés en perder a su padre, es más, en otra parte de la audiencia reclama el cumplimiento del rol de padre O., cuestión exigible al Sr. O., pues el reconocimiento que realizó en forma válida, no fue impugnado en el plazo legal que tenía para hacerlo.

Se podría decir que proteger la actual identidad del niño sería negar la realidad, pues se ha probado que el Sr. A. no es padre biológico de E., sin embargo, la realidad biológica no es la única faz de la identidad del niño, la realidad identificada es mucho más profunda, implica la realidad histórica del niño, quien creció como el menor de tres hermanos, que reconocen como

padre al Sr. A., que se identifican como hermanos de madre y de padre, E. es conocido en la escuela y ante sus amigos con ese apellido, como hijo del Sr. A. Por tanto, es necesario que el Estado paraguayo respete la realidad total de este niño y que solo si él desea cambiarla pueda hacerlo en el momento que tenga madurez suficiente. Los niños no pueden ser víctimas de adultos que lo reconocen y lo desconocen a su antojo, es por eso que la ley establece limitaciones de tiempo al desconocimiento, para que el desplazamiento de la identidad no sea arbitrario ni en cualquier momento.

La conclusión nos conduce inevitablemente a que la acción de desconocimiento promovida por el señor O.A.A.A. contra la señora E.S. respecto al niño E.D.A.S. se ha planteado fuera del plazo legal establecido en el ámbito jurisdiccional, por lo que la sentencia recurrida necesariamente debe ser confirmada, imponiendo las costas al actor, ambas instancias. Es mi voto.

En cuanto a las costas, las mismas corresponden sean impuestas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 203 “inc b”. ES MI VOTO.

A SU TURNO LAS MAGISTRADA GLORIA ELIZABETH BENITEZ RAMIREZ DIJO:

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA MIEMBRO GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ DIJO:

El señor O.A.A.A. por derecho propio y bajo patrocinio de Abogada, interpuso recurso de nulidad, sin embargo, no fundamentó dicho recurso limitándose solamente a expresar agravios con respecto a la apelación también interpuesta según se corrobora con el referido escrito de fundamentación presentado en autos. No obstante, considero que la Magistrada de Primera Instancia ha aplicado arbitrariamente el artículo 54 de la Constitución Nacional, al no valorar objetivamente las pruebas producidas dentro del expediente, redactando una Sentencia Definitiva basada en el voluntarismo de la Magistrada, sin considerar razonablemente la legislación vigente en la Jurisdicción de la Niñez como el artículo 53 de la Constitución Nacional: “Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad”. Tampoco la Magistrada ha desvirtuado las ajustadas recomendaciones glosadas a fs. 119 y 169 de autos de la representante del Ministerio Público y de la Defensa Pública a fojas 125/129. No obstante considero que debo expedirme conforme al artículo 407 del Código Procesal

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

Civil que dice: “Cuando el Tribunal puede decir a favor de la parte a quién aprovecha la nulidad, no la pronunciará”. ES MI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA MIEMBRO GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ DIJO:

Corresponde realizar un análisis previo de lo acontecido en el presente juicio de la siguiente manera:

El señor O.A.A.A. por derecho propio y bajo patrocinio de Abogada, promovió el juicio de desconocimiento de filiación, en fecha 18 de mayo de 2020 y agregó la copia de un Informe de Análisis de Paternidad por ADN realizado en el laboratorio Díaz Gill, cuyo resultado fue: “no presenta vínculo biológico de paternidad”. (fs.3/8).

Por providencia de fecha 10 de junio de 2020 el juzgado de primera instancia tuvo por presentado al recurrente, dio por iniciado el juicio por desconocimiento de filiación, y corrió traslado a la adversa por el plazo de 9 días. Asimismo, dio intervención a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia de Turno y al Ministerio Público. (fs.11).

La señora E.S. contestó el traslado solicitando el rechazo de la demanda a fs. 26/28. Sin embargo ofreció pruebas documentales, testificales y solicitó la realización de prueba de ADN en el laboratorio Curie.

A fs. 30 la Abg. Bettina Ovando, Defensora Pública de la Niñez y la Adolescencia se dio por notificada de la providencia de fecha 10 de junio de 2020 y tomó intervención en los autos. Igualmente, la Agente Fiscal Abg. Monalisa Muñoz se dio por notificada de las providencias de fecha 10 de junio y 10 de julio de 2022 (fs. 32).

A fs. 75 obra el acta de constitución de la Actuaría en la dependencia del Laboratorio Díaz Gill el 28 de enero de 2021 para la toma de muestras, estando presente el Señor O.D.A.A.

A fs. 77 se observa el acta de realización de la toma de muestras de ADN en el Laboratorio Curie, realizada al señor O.A.A.S., a la Señora E. S. y al niño E.D.A.S. cuyo resultado fue: “Conclusión, el señor O.A.A.A. no es padre biológico del menor E.D.A.S.”. (fs. 84/86).

Asimismo, se agregó el resultado de la prueba pericial de ADN remitido por la Dra. Marta Oviedo del Laboratorio ADN LAB, en el cual se concluyó lo siguiente: “el señor O.A.A.A. no es el padre biológico de E.D.A.S.” (fs. 95/102).

El niño E.D.A.S. de nueve años, por disposición de la Jueza de Primera Instancia por Auto Interlocutorio Número 158 del 31 de diciembre de

2020 debió concurrir a la toma de dos muestras de sangre. Consta en esta causa que el niño se realizó una primera prueba de ADN extrajudicialmente agregado a fs. 3 de autos, donde se ha excluido al Señor O.A.A.A. como padre del niño. Estas pruebas deben ser valoradas conforme al artículo 183 y 184 del Código de la Niñez que hacen referencia a las acciones de filiación, de un niño concebido dentro del matrimonio en las acciones de desconocimiento. La Jueza de Primera Instancia dio cumplimiento a estos artículos solamente para el diligenciamiento y la producción de esta prueba, sin embargo en el momento de valorarlas no las consideró preferencialmente como dispone la norma.

Por otra parte, a fs. 116 se observa el Informe Psicológico N° 56/20 realizado por la Lic. Ana Karina González al niño E.D.A.S., del cual se desprende de los resultados obtenidos lo siguiente: “...*Con respecto a su familia, si bien presenta pertenencia a la madre y sus dos hermanos, hay confusiones con respecto a su identidad y a la figura paterna: “Hay un papá que nos dejó que se llama R. y ahora tengo otro papá que se llama J., hace un mes que vive con nosotros”, “A R. hace mucho que ya no le veo como dos o tres meses, antes venía a visitarme en mi casa y me traía regalitos”, “Le extraño a R. porque hace mucho que ya no le veo”. Seguidamente, en sus conclusiones y recomendaciones dijo: “...Según los resultados de los estudios realizados al niño E.D.A.S. se encuentra con signos de perturbaciones de índole emocional y afectiva en su personalidad relacionados con su historia de vida y con los conflictos judiciales actuales. Creemos conveniente abordar mediante tratamiento psicológico el origen y la identidad del niño teniendo en cuenta que los resultados laboratoriales (ADN) han sido concluyentes ya que la madre sostiene que su ex esposo es el padre del niño. E. necesita conocer a su padre biológico de manera a construir una personalidad sana y equilibrada ya que se ha vulnerado su derecho fundamental de tener una identidad y de tener un relacionamiento con su padre y su entorno. Sugerimos que la progenitora debe tener una actitud de predisposición para que el niño pueda conocer a su padre biológico...”. Tampoco el Juzgado de Primera instancia valoró el informe de la psicóloga que sostuvo que el niño necesita conocer a su padre biológico.*

A fs. 117 obra el acta en donde fue oído el niño E.D. quien manifestó cuanto sigue: “*Me dicen E.D., no tengo apodos, voy al segundo grado en el colegio O., vivo en M. R. A., vivo con mi mamá E. y mi papa se llama J., mi*

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

hermano S. y D. y mi abuela I., me gusta jugar a las cosquillas, mis hermanos tienen 15 y 18 años, no me gusta el futbol, me gustan más los autos a control remoto y jugamos a las pistolas. Estoy de exámenes y tengo clases virtuales, me gusta jugar play, me siento muy bien, esta es la segunda vez que vengo, es un poco aburrido aquí, mis apellidos son A.S. y el apellido de mi papá creo que era J., no se la verdad, no recuerdo. El papá de mis hermanos es O.A., cuando yo era más chico yo iba a su casa, pero después pensó él que mi mamá le estaba engañando y después ya no nos fuimos, yo le extraño, a mi hermano le trae galletitas y a mí no me trae nada, viene cada domingo a llevarlos a ellos y yo me quedo en mi casa. Con J. me llevo bien pero no le digo papá, él es novio de mi mamá. R. era un papá mío que le dejo a mi mamá también, después de O., yo a O. le siento como mi papá, yo le quiero a él, una vez me trajo una patineta por mi cumpleaños, cuando cumplí 7 años, mi mamá no le habla a O., yo solo suelo ver su coche cuando viene a buscarle a mis hermanos, y me gustaría que el siga siendo mi papá, también tengo a J. como una figura paterna, pero yo quiero mucho a O. Mi mamá sale con J. solos, él vive en nuestra casa. Yo siento por O. amor, ternura, yo no hablo por teléfono con él, yo no le dije a mi mamá o mis hermanos que quiero hablar con él, yo cuando juego play juego fornite, tienes que ganarle a todos y quedar primero. Yo quiero verle a mi papá O., una vez me recuerdo nos subimos a su auto y me compro una pista de carrera, cuando mis hermanos se iban yo también le veía mucho, no es siempre. Con mis abuelos viví siempre. La última vez que O. le busco a mis hermanos fue el domingo pasado, cuando tenía 6 años yo vi una película con O., a los papás de O. nunca les vi, no sé si mis hermanos le conocen, no sé si O. también tiene hermanos, creo que a la mamá de O. le vi una vez creo que se llama Ña D., papá Noel no vino el año pasado pero los reyes si vinieron y me trajeron bombón y una pistola...”. El niño E. ha relatado en el momento de ser oído, la realidad de su vida. Ha expresado con mucha solvencia las distintas situaciones por las que ha pasado con la disgregación de su familia desde la separación de su madre del Señor O.A. El desarrollo de todas las pruebas y el ejercicio del derecho del niño a ser oído debe resolverse conforme a las leyes y a los principios rectores pertenecientes a esta jurisdicción como la efectividad de los derechos del niño, la autonomía progresiva, y el interés superior del mismo. No hacer lugar a esta acción de desconocimiento a partir de la opinión del niño y de las pruebas correctamente valoradas, implicaría una pérdida de tiempo de todo el sistema de justicia para dejar la situación jurídica del niño

sin alterarla y un despliegue de pruebas sobre todo la de adn, solamente para traerle al niño y que siga con una identidad que no le pertenece.

La Agente Fiscal Abg. Monalisa Muñoz al contestar vista concluyó lo siguiente: “...*El demandante se ha presentado a promover juicio de desconocimiento de filiación en contra de la Sra. E.S.R. a favor del niño E.D.A.S. de 8 años de edad, presentando varias pruebas documentales con respecto al resultado de pruebas de ADN realizadas en forma extra judicial, como así también la prueba pericial de ADN dentro del proceso. En el escrito presentado por la parte actora alega que posterior al divorcio empezaron las dudas sobre la verdadera identidad del niño, la madre a contestar la demanda negó rotundamente todo lo manifestado por la parte actora, refiriendo que en el acto de inscripción de nacimiento del niño, el Sr. O.A. se presentó voluntariamente a reconocerlo, por lo que un cambio de identidad sería injusto y cualquier modificación afectaría su personalidad e iría contra el interés superior del niño. La parte demandada no cuestiono los resultados de la prueba de ADN sustanciadas dentro del proceso, pero no ha propuesto ningún perito o laboratorio que pueda realizar la prueba de ADN. Del mismo modo cabe mencionar que la madre del niño nunca se opuso a las pruebas de ADN sustanciadas en el periodo probatorio, las cuales excluyeron al Sr. O. como progenitor del niño...*”...*Teniendo en cuenta que una identidad definida y saludable está íntimamente emparentada con la definición de auto-concepto, es decir, el concepto que el propio niño tiene de sí mismo. Es indispensable que el niño no interiorice aquellos comentarios negativos que puede haber oído (y que casi siempre juegan en contra del desarrollo de una personalidad positiva y saludable). Para ello, debemos trabajar en la adecuada imagen de sí mismo. Es decir, debemos evaluar el tipo de autoimagen que el niño tiene para poder ajustar aquello que él crea: si el niño tiene un auto concepto de superioridad no es positivo pero tampoco lo es si tiene un auto concepto de inferioridad. Equilibrar este proceso de formación de la personalidad facilitará la formación de un adecuado auto concepto y, en consecuencia sentará las bases para la construcción de una identidad positiva y saludable...*”.

En el mismo sentido la Abg. D.V.A.C. al contestar vista se adhirió a lo manifestado por la Agente Fiscal Monalisa Muñoz y agregó cuanto sigue: “...*El niño E.D.A.S. tiene derecho a conocer su origen y forjar una identidad sana que lo lleve a su máximo potencial. De la constancia en autos resulta evidente que si bien existe aún un fuerte lazo afectivo con el Sr. O.A., el*

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

mismo va sufriendo las consecuencias del conflicto judicial actual. Es preocupante la manera como ambos adultos, tanto la Sra. E.S. a quien se recomienda “priorizar el bienestar del niño Esteban por sobre intereses personales o de pareja” (Inf. N° 59/2021) y “que tenga predisposición para que el niño pueda conocer a su padre biológico” (Inf. N° 56/21), como el Sr. O.A., a quien se sugiere considerar las expresiones de E. “yo le extraño, a mi hermano le trae galletitas y a mi nada”, llevaron adelante este proceso con el niño, lo cual se refleja en la manera como siente que actúan con él y las confusiones con respecto a la figura paterna, lo cual se refleja en los resultados obtenidos en la evaluación psicológica N° 56/2021...”.

Precisamente por S.D N° 117 del 12 de abril de 2022 y su aclaratoria S.D N° 173 de fecha 19 de mayo de 2022, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno resolvió no hacer lugar a la acción de desconocimiento de filiación promovida por el señor O.A.A.A. contra la señora E.S.R. con relación al niño E.D.A.S. (fs.134/139; 149). Esta Sentencia definitiva considero injusta por las razones expuestas.

Contra estas resoluciones interpuso recurso de apelación el señor O.A.A.A. quien sostuvo en sus agravios que las sentencias recurridas violan el orden público y el derecho de rango constitucional y que la jueza utilizó como fundamento para resolver la filiación socio afectiva inexistente en nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, no hizo lugar al juicio de desconocimiento planteado por su parte, habiéndose probado durante todo el juicio, incluso a través de la prueba pericial de ADN que no existe vínculo biológico entre el señor O.A.A.A. y el niño E.D.A.S.. (154/159).

Conforme se observa en el escrito de fs. 169/178, la Agente Fiscal Abg. Monalisa Muñoz manifestó estar de acuerdo con la expresión de agravios presentada por el apelante por ajustarse a derecho y recomendó hacer lugar a los recursos de apelación y nulidad revocando las sentencias recurridas.

Ahora bien, en atención a las consideraciones expuestas precedentemente, resulta necesario traer a colación las disposiciones legales referentes al presente caso.

La última parte del Art. 53 de la Constitución Nacional dice: “...**Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales**”.

El Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, en su primer apartado, dispone: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”* A su vez, el primer apartado del Art. 8 del mismo cuerpo legal reza: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.*

El Art. 18 del C.N.A. establece: *“El niño y el adolescente tienen derecho a la nacionalidad paraguaya en las condiciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Tienen igualmente derecho a un nombre que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias”.*

En definitiva, corresponde al Poder Judicial la correcta interpretación, integración y aplicación de la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Código de la Niñez del 2001. En esta jurisdicción especializada se aplican las normas que protegen el derecho a la identidad de los niños y el concomitante derecho del niño a conocer la verdad sobre su origen. En base a las disposiciones legales antes transcriptas, los niños, niñas y/o adolescentes tienen el derecho a conocer a sus padres y a vivir con ellos. La magistratura de la niñez no debería consentir una mentira cuando existe un juicio en el que se ha dilucidado la verdad y la madre contribuyó llevando al niño, dos veces para la extracción de muestras y la realización de la prueba de ADN. Sumado a que el niño considera a R., a J. y a O. como padres y conoce como parte activa este litigio. Tampoco se puede obligar por medio de una resolución judicial a una persona que no es el padre a brindar afecto a un niño, conforme dijo el niño en el momento de ser oído, no recibe el mismo trato que reciben sus hermanos. El niño E. está definida, el comprende que existe un juicio donde es parte y que lo afectada, y ha manifestado en el momento de ser oído entre otras cosas ya copiadas antes que O. es el padre de sus hermanos y considera a J. y R. como padres.

Sopesando la jerarquía de las normas; el artículo 53 de la Constitución Nacional de 1992 posibilita la investigación de la paternidad. Esta norma constitucional no establece plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de desconocimiento o de impugnación de la paternidad como lo

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

disponen los artículos 239 y 247 del Código Civil. El Código de la Niñez y la Adolescencia no establece plazos en los artículos 183 y 184 al referirse al procedimiento especial en la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de filiación. El Código Civil Paraguayo comenzó a regir el 01 de enero de 1987, por lo tanto, claramente es anterior a la Constitución Nacional y a la ley 57 del año 1990 que regulan el derecho a la identidad como supremo derecho. Las resoluciones judiciales tienen sus efectos en el tiempo y deben ser una manifestación de justicia. Sujetar a un niño que no recibe afecto ni es hijo del accionante considero injusto. En este tipo de juicios no causan ejecutoria, razón por la cual la instancia concluye en los tribunales de apelación, y son revisados los fallos por la Corte Suprema de Justicia.

Por consiguiente, al insertarse la norma Constitucional, Ley Suprema de la Nación, con preferencia a otras de rango inferior, conforme a la prelación de las leyes dispuestas en el art. 137 de nuestra Carta Magna, y siendo el derecho a la identidad un derecho fundamental, considero que los plazos de caducidad no proceden en juicios de esta naturaleza.

La sentencia definitiva número 117 del 12 de abril de 2022 Fojas 134/139, refiere: “que este tipo de acciones hace cosa juzgada material, razón por la cual realizaría un análisis exhaustivo”. Tales así que dentro del periodo probatorio dispuso la jueza la realización de tres pruebas de ADN, de las cuales dos pruebas se produjeron en forma y tiempo, con la presencia de las partes y la actuaria. En las dos pruebas se excluyó como padre al señor O.A.A. Estas pruebas no fueron valoradas conforme a la Constitución Nacional ni las leyes por el Juzgado de Primera Instancia. Tanto la representante del Ministerio Público como la defensora del niño han recomendado se haga lugar a la acción de desconocimiento de filiación en atención a todas las pruebas que obran en la causa, pues han valorado los hechos en los fundamentos de derecho, así como el informe psicológico que dice que E. necesita conocer a su padre biológico y la opinión del niño:” quien dijo que vive con su papá que se llama J., el papá de mis hermanos es O.A.,cuando yo era más chico iba a su casa, después pensó el que mi mamá le estaba engañando, a mis hermanos le trae galletitas y a mí no me trae nada, viene cada domingo a buscarle a ellos y yo me quedo en mi casa R. era un papá mío que le dejó a mi mamá también”. (artículo 12 de la ley 57/90).

Tanto el Dictamen N° 466 del 30 de noviembre de 2021 de la Agente Fiscal Monalisa Muñoz ha dictaminado: “Teniendo en cuenta que una identidad definida y saludable está íntimamente emparentada con la definición

de auto concepto, es decir el concepto que el propio niño tiene de sí mismo. Es indispensable que el niño no interiorice aquellos comentarios negativos que puede haber oído. Y finalmente recomienda hacer lugar al juicio de desconocimiento de filiación iniciado por el Señor O.A.A.A. contra la Señora E.S.R. a favor del niño E.D.A.S. En el mismo sentido la Defensora de la Niñez y la Adolescencia Abogada V.A. ha dictaminado que el Niño E. tiene el derecho a conocer su origen y a forjar una identidad sana que lo lleve a su máximo potencial y se adhiere a las recomendaciones de la Fiscal.

En la Sentencia Definitiva, la Jueza hace referencia a una cita doctrinal de Varsi Rospingliosi, Enrique que explica:” La familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” Este concepto no puede aplicarse en esta causa, pues debemos leer lo acontecido en la misma, primero existe una disgregación de la familia, desde el divorcio de los señores O. y E. El Señor O.A., según dijo el niño no lo retira a él ni le trae galletitas. El Señor O. ha solicitado el desplazamiento de la calidad de hijo del niño E. y la jueza al sentenciar a fojas 138 vuelto de autos resalta:” se ha quebrado el relacionamiento paterno filial”. Se evidencia que la Magistrada ha valorado de un modo contradictorio el concepto señalado por la misma y lo dicho por el niño al ser oído y las pruebas agregadas a la causa. A su vez el artículo 236 del Código Civil prevé que es el marido quién tiene acción para plantear el desconocimiento del hijo. El niño en este caso tiene nueve años, por lo cual se encuentra representado por su madre E.S., quien contribuyó efectivamente en el diligenciamiento de las pruebas de ADN. Debo resaltar que en la instancia recursiva la madre del niño no contestó los agravios del recurrente. Encuentro errada la apreciación de la jueza en el fallo en estudio, cuando hace referencia a la posesión de estado a fojas 139 de autos. La posesión de estado se valora conforme al artículo 235 del Código Civil, cuando el niño no tiene la calidad de hijo conforme al título, que constituye el certificado de nacimiento. E.A.S. fue reconocido por el Señor O.A. y el instrumento público se encuentra agregado a fs. 1 de autos. El artículo 235 del CC se debe analizar en concordancia con la acción de reconocimiento de filiación prevista en el artículo 234 del CC en donde no existe un emplazamiento del estado civil del niño. El artículo 234 del CC expresa: “Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres..... No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de los padres”.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA DE LA CAPITAL

Resulta necesario traer a colación como precedente lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia en los expedientes caratulados: Consulta Constitucional en el Juicio “B.T.C.B., D.E.C., M.I.B.Y., L.E.A.V. s/ Desconocimiento e Impugnación de Filiación y Rectificación de Instrumento Público” y Consulta Constitucional en el Juicio “E.D.V.C. c/ M.M.V.S. s/ Impugnación de Filiación”.

La Jueza de Primera Instancia menciona a fs. 117 vuelto de autos que el niño firmó cuando fue oído el 12 de noviembre de 2021 E.D.A.S., luego al final del acta el niño estampó su nombre con ambos elementos. Acreditándose nuevamente conjuntamente con los otros elementos de prueba que el niño tiene el derecho de conocer a su padre biológico.

En base a todo lo expuesto, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en autos, y el Principio Superior del Niño que dispone el respeto a sus vínculos familiares, la condición de persona en desarrollo del niño y a ser oído, corresponde revocar la S.D N° 117 del 12 de abril de 2022 y su aclaratoria S.D N° 173 de fecha 19 de mayo de 2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno y hacer lugar al juicio de desconocimiento de filiación promovido por el Señor O.A.A.A. contra la Señora E. S. a favor del niño E.D.A.S.

Las costas en esta instancia deben ser impuestas a la perdedora en virtud al artículo 203 inc. b) del C.P.C. **ES MI VOTO.**

A SU TURNO LA MAGISTRADA MARIA BELEN AGÜERO CABRERA DIJO:

Que se adhiere, al sentido del voto de la Colega preopinante ROSALBA GARAY, y me permito agregar cuanto sigue:

Cabe resaltar, que por Acuerdo y Sentencia No 26 de fecha 24 de mayo del 2022 está Magistratura ha sentado su postura en cuanto la caducidad del derecho que posee el accionante a los efectos de impugnar o desconocer la paternidad, en los casos en que la ley establece un plazo. Sin embargo, dicho plazo no puede ser aplicable cuando el hijo desea conocer sus orígenes, puesto que es un derecho imprescriptible consagrado en la Constitución Nacional, en concordancia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Adolescentes.

En cuanto a las costas, en esta instancia, corresponde imponerlas a la perdedora, de conformidad del art. 203 del C.P.C inc. “b”. **ES MI VOTO.**

JURISPRUDENCIA

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

S E N T E N C I A N° 101

Asunción, 30 de noviembre de 2022.

V I S T O: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital,

R E S U E L V E:

1) **DECLARAR** desierto el recurso de nulidad
2) **CONFIRMAR** la S.D. N° 117 de fecha 12 de abril de 2018 y su aclaratoria SD N° 173 de fecha 19 de mayo de 2022, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno, en base a los fundamentos esgrimidos en el presente fallo.

3) **IMPONER LAS COSTAS** a la perdedora.

4) **ANÓTESE**, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

FIRMADO: Dra. Rosalba Garay Stéfani, Abg. Gloria Elizabeth Benítez, Abg. M. Belén Agüero.

Ante mí: Abg. Claudia Patricia Vera Sosa.
