

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro Responsable

Año 2023 – Número 2

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
EDITORIA**

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° 2/2023

Primera edición 2023: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)

DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO RESPONSABLE

COORDINACIÓN

ABG. ERIKA SCHLICHTING GARCETE

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: gacetajudicialesj@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	11
Índice por Tribunales	17

MONOGRAFÍAS

EL CONTRATO DE FACTORAJE FINANCIERO	19
<i>Eduardo A. Barreira Delfino</i>	

JURISPRUDENCIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Facultades de la Sala Constitucional. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Principios generales. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. PERSONA. Persona Jurídica. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Estatutos. Escritura Pública. Valor probatorio. Admisibilidad y procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad. Facultades de la Sala Constitucional. C.S.J. SALA CONSTITUCIONAL 23/12/2.022. (Ac. y Sent. N° 800).....	61
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Aplicación de Tratados Internacionales. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. Principios generales. Libertad de concurrencia. PODER EJECUTIVO. DECRETO N° 2.436/14. Principio de Supremacía Constitucional. CÓDIGO ADUANERO. Exención impositiva. (Voto en Disidencia). C.S.J. Sala Constitucional 22/10/2.022. (Ac. y Sent. 614).	79
RESOLUCIÓN DE CONTRATO. CONTRATO. De la interpretación de Contrato. Validez. LEY 1.183/1.985. CÓDIGO CIVIL PA-	

CONTENIDO

RAGUAYO. Contratos bilaterales. Interpretación de Contrato. Obligación de Hacer Escritura Pública. Efectos de contrato y su extinción. C.S.J. Sala Civil 01/02/2.023. (Ac y Sent. Nº 1).	98
LEY Nº 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación. LEY Nº 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. EXPOSICIÓN A PELIGRO. Exposición a peligro del tránsito terrestre. Motivo del recurso de casación. Resolución en el recurso de casación. COSTAS. Costas en el orden causado. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos individuales. De la libertad y de la seguridad de las personas. LEY Nº 5.016/2.014 “DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL”. Falta gravísima. PRUEBA. Libertad probatoria. PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Principios generales. Incidentes y recursos. CSJ Sala Penal 2/02/2.022. (Sent. Nº 7).	126
SENTENCIA DEFINITIVA. Sentencia de mérito. LEY Nº 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Objeto del recurso de casación. NOTIFICACIÓN. Notificación personal. Notificación por su lectura. Efectos de la notificación. Notificación por cédula. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. ERROR. Error in procedendo. Error in iudicando. LEY Nº 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL” DIFAMACIÓN. PENA. Eximente de Pena. PRUEBA. Sana crítica. PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. De la prueba de la verdad. COSTAS. Principios generales. Incidentes y recursos. CSJ Sala Penal 21/06/2.022 (Sent. Nº 410).	149
RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Admisibilidad. RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Procedencia. RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Convencionalidad. RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Convencionalidad. FEMINICIDIO. TApel. En lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central (Ac y Sent. Nº 96).	173

CONTENIDO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Amparo Constitucional. Amparo, requisitos. Acto u omisión ilegítimo. Urgencia. intereses difusos. Garantías constitucionales, igualdad de las personas. Principios. Derechos Humanos. Orden Supranacional. Control de Convencionalidad. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 24° turno. (Sentencia Definitiva N° 105).	191
Ley N° 6.170 que MODIFICA VARIOS ARTÍCULOS DE LA LEY N° 1.246/1.998 “DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS ANATÓMICOS HUMANOS” Y LA LEY N° 4.758/2.012 “QUE CREA EL FONDO NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA Y DESARROLLO (FONACIDE) Y EL FONDO PARA LA EXCELENCIA DE LA EDUCACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN” Y SU MODIFICATORIA LEY N° 6.069/2.018 (LEY ANITA). MAGISTRADO. AUTORIZACIÓN JUDICIAL. I.N.A.T INSTITUTO NACIONAL DE ABLACIÓN Y TRASPLANTE. JUZGADO PENAL DE GARANTÍAS DE GUARDIA. 03/05/2.023. (A.I. N° 256).	217



Índice Temático

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 61, 63, 64, 65, 66, 79, 80, 81, 83, 84

Admisibilidad y procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad, 66

Facultades de la Sala Constitucional, 61, 63, 64, 65, 66

ACTO ADMINISTRATIVO, 79, 80, 81, 83, 84

Principios generales, 79, 80, 81, 83, 84

AMPARO, 191, 192, 193, 194

Intereses Difusos, 194

Requisito

Urgencia, 193

Requisitos, 191, 194

Lesión de derechos, 192

AMPARO CONSTITUCIONAL, 191

AUTORIZACIÓN JUDICIAL, 217

CÓDIGO ADUANERO, 81, 83, 84

Exención impositiva, 81, 83, 84

Voto en Disidencia, 83, 84

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 63, 64, 65

ÍNDICE TEMÁTICO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 79, 80, 81, 83, 84, 129, 153, 191, 192, 193, 194, 195, 196

Amparo, requisitos

Acto u omisión ilegítimo, 192

Aplicación de Tratados Internacionales, 79, 80, 81, 83, 84

Control de Convencionalidad, 196

De la libertad y de la seguridad de las personas, 129

De la prueba de la verdad, 153

Derecho a la defensa, 153

Derechos Humanos, 195

Derechos individuales, 129

Garantías Constitucionales, 194

Igualdad de las personas, 194

Libertad de concurrencia, 80

Orden Supranacional, 195

Principio, 195

Principio de Supremacía Constitucional, 81, 83, 84

Principios, 195

COSTAS, 129, 132, 154

Costas en el orden causado, 129

Incidentes y recursos, 132, 154

Principios generales, 132, 154

DECRETO N° 2436/14, 80, 81, 83, 84

DIFAMACIÓN, 152

ERROR, 152

Error in iudicando, 152

Error in procedendo, 152

EXPOSICIÓN A PELIGRO, 127, 130, 131

ÍNDICE TEMÁTICO

Exposición a peligro del tránsito terrestre, 127, 130, 131

FEMINICIDIO, 174

I.N.A.T., 217

INSTITUTO NACIONAL DE ABLACIÓN Y TRASPLANTE, 217

LEGITIMACIÓN PROCESAL, 61, 63, 64

Legitimación activa, 61, 63, 64

Principios generales, 61, 63, 64

LEY 1183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 99, 100, 101, 102, 103, 104

De la edificación y plantación, 103

Prescripción adquisitiva de dominio, 102

LEY N° 1.160/1997 “CÓDIGO PENAL”, 127, 130, 131, 132, 152, 153, 154

LEY N° 1.286/1998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”, 127, 128, 129, 131,
132, 150, 151, 152, 154

LEY N° 5.016/2014 “DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL”, 129, 130

Falta gravísima, 130

Ley N° 6170 que MODIFICA VARIOS ARTÍCULOS DE LA LEY N°
1246/1998 “DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS
ANATÓMICOS HUMANOS” Y LA LEY N° 4758/2012 “QUE CREA EL
FONDO NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA Y DESARROLLO
(FONACIDE) Y EL FONDO PARA LA EXCELENCIA DE LA
EDUCACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN” Y SU MODIFICATORIA LEY
N° 6069/2018 (LEY ANITA), 217

ÍNDICE TEMÁTICO

MAGISTRADO, 217

NOTIFICACIÓN, 150, 151

 Efectos de la notificación, 151

 Notificación personal, 150

 Notificación por cédula, 151

 Notificación por su lectura, 151

ORDEN PÚBLICO, 104

PENA, 152

 Eximente de Pena, 152

PERSONA, 63, 64, 65

 Estatutos, 64, 65

 Persona Jurídica, 63, 64, 65

PODER EJECUTIVO, 80, 81, 83, 84

POSESIÓN, 100, 101, 102

 Actos posesorios, 100

 Animus domini, 101

 Prueba de la posesión, 102

PRESCRIPCIÓN, 131, 132, 153, 154

 Plazos para la prescripción, 131, 132

 Prescripción de la acción, 153, 154

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, 63, 64, 65

 Escritura Pública, 64

 Valor probatorio, 64

ÍNDICE TEMÁTICO

PRUEBA, 131, 153

Libertad probatoria, 131

Sana crítica, 153

RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL, 173, 174

Admisibilidad, 173

Convencionalidad, 174

Procedencia, 173

RECURSO DE CASACIÓN, 127, 128, 132, 150

Admisibilidad y procedencia del recurso de casación, 127

Motivo del recurso de casación, 128

Objeto del recurso de casación, 150

Resolución en el recurso de casación, 128, 132

SENTENCIA, 152

Vicios de la sentencia, 152

SENTENCIA DEFINITIVA, 150

Sentencia de mérito, 150

USUCAPIÓN, 99, 100, 101, 102, 103, 104

Prescripción adquisitiva de dominio, 99, 100

Prueba de la usucapión, 103, 104



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

C.S.J. SALA CONSTITUCIONAL 23/12/2.022 “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD promovida por C. y otros c/ ordenanza N° 50/92, 1.17/99, 06/2.002, y 71/03” (Ac. y Sent. N° 800).	61
C.S.J. Sala Constitucional 22/10/2.022 “Acción de Inconstitucionalidad promovida por P. S. A. S.A c/ el Art. 308 num. 1) primera parte del Decreto N° 2.436/14 “Por El Cual Se Modifican Los Artículos 306 y 308 Del Anexo Del Decreto N° 4.672/2.005: "Por El Cual Se Reglamenta La Ley N° 2.422/2004 "Código Aduanero" y Se Establece La Estructura Organizacional De La Dirección De Aduanas” (Ac. y Sent. 614).	79

Sala Civil

C.S.J. Sala Civil 01/02/2023 “P. M. B. D. c/ G. F. S. B. s/ USUCAPIÓN”. (Ac y Sent. N° 1).	98
--	----

Sala Penal

C.S.J. Sala Penal 02/02/2.022 “C.R.C.G. s/ Exposición a Peligro del Tránsito Terrestre” (Ac. y Sent. N° 7).	126
C.S.-J. Sala Penal 21/06/2.022 “M.G.V.S.F. s/ Difamación y Calumnia” (Ac. y Sent. N° 410).	149

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Tribunal de Apelación en lo Penal – Circunscripción Judicial de Central.

TApel. En lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central 11/08/2.022 “U. E. L. s / Femicidio” (Ac y Sent. N° 96).	173
---	-----

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 24° turno. 20/08/2.020. Amparo Constitucional Juicio: “C.R. c/ Secreta- riatariataria de Emergencia Nacional y otros s Amparo Judi- cial.”(Sentencia Definitiva N° 105)	191
---	-----

Juzgado Penal de Garantías

JUZGADO PENAL DE GARANTÍAS DE GUARDIA. 03/05/2.023. Autorización Judicial de Extracción Mutiorganica de Tejidos. (A.I. N° 256).....	217
---	-----



EL CONTRATO DE FACTORAJE FINANCIERO

*Eduardo A. Barreira Delfino*¹

1. Introducción.

En general, se ha conceptualizado al factoring de muy diversas maneras, de modo tal que resulta imperioso remitirse a los antecedentes de este negocio, a fin de indagar acerca de su evolución para poder comprender la naturaleza y esencia de sus distintos desenvolvimientos, y poder apreciar la diferenciación existente entre dos modalidades confundibles en la práctica, como son el “**factoring comercial**” (denominado factoring sin financiación o maturity factoring) y el “**factoring financiero**” (denominado factoring con financiación o credit cash factoring). Por consiguiente, en el presente trabajo abordaremos ésta última figura, por su singularidad como alternativa de financiación empresarial.

¹ Abogado (UBA) – Mediador (FORES) – Especialización en Asesoramiento Legal de Empresas (UCA). Investigador Académico del Instituto Argentino de Derecho Contable (IADECO). Profesor de Maestrías y de Postgrados en las asignaturas de “DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO” como de “DERECHO EMPRESARIAL”, en Universidades nacionales y extranjeras. Director del Curso de Postgrado de “Negocios bancarios y financieros” – Facultad de Derecho (UCA). Director de la Revista Digital de “Derecho Bancario y Financiero” - editorial I.J. EDITORES. Co-Director del “Código Civil y Comercial Comentado y Anotado” – editorial HAMMURABI. Co-Director con Marcelo A. CAMERINI de “Derecho de los Mercados Financieros” – editorial AD HOC.

Puede decirse que el factoring es oriundo de Inglaterra y su denominación proviene del vocablo inglés “factors”, nombre utilizado en ese país para individualizar a los comerciantes que se enviaban a los Estados Unidos, para conquistar el mercado norteamericano.

Su práctica a escala se verifica durante el período de las grandes exploraciones y colonizaciones realizadas en el siglo XV, época en que los comerciantes ingleses, franceses y españoles encargaban a un factor residente en las colonias, la venta de mercaderías a clientes solventes para obtener seguridades en las transacciones. La expansión de su funcionalidad y los beneficios que obtenían, posibilitaron que comenzaran a financiar las operaciones con préstamos, anticipando los pagos a sus comitentes / vendedores.²

De este modo el exportador europeo podía vender sus productos eliminando los temores propios del que vende sin saber la solvencia de su comprador a crédito y, además, percibía el precio de sus ventas sin tener que esperar el cumplimiento de los plazos otorgados para el pago respectivo.

Como esta actividad individual de los factores creció considerablemente, a raíz de que comenzaron a financiar las ventas en gran escala, se asociaron entre ellos, dando nacimiento a las “sociedades de factoring”, como prestadores de servicios especializados.³

Entre los servicios ofrecidos el de financiación era el más solicitado y el determinante de la contratación. En efecto, hacia las postrimerías del siglo XIX, coincidiendo con el momento de enorme expansión de la industria y el comercio norteamericano, cambian las circunstancias económicas, al comenzar el empresariado a utilizar sus propias redes de distribución y venta, obligando al factor a especializarse aún más en su función, principalmente en lo atinente a la prestación de servicios de financiación.

Bajo este nuevo enfoque, los factores vienen a llenar en Estados Unidos un vacío que en Europa tradicionalmente estaba cubierto por la banca institucionalizada, dando satisfacción a las necesidades de liquidez de la industria y el comercio. Recuérdesse que la figura del descuento era prácticamente casi desconocida en la tradición bancaria y comercial norteamericana.

² ARGIERI, Saul A. “Contrato de factoring” La Ley 1978-D-1255.

³ LINARES BRETÓN, Samuel “Factoring: un nuevo contrato bancario y financiero” La Ley 137-1.004.

Así el factoring comercial va evolucionando y mutando, dando lugar a la irrupción de otra modalidad de negocio, más profesionalizado y más complejo: el **“factoring financiero”**. De este modo el financiamiento pasa a ocupar el lugar preponderante en la factibilidad del negocio y su razón de ser.

Sin embargo, el factor no prescinde de esas otras funciones que originariamente prestaba a sus clientes, las cuales se acoplaban al servicio principal – el financiero – como servicios complementarios. El conjunto de todas estas funciones permite visualizar, bastante aproximadamente, la imagen con la que el factoring se presenta en Europa en los comienzos de la década de 1960, de la mano de los gigantes económicos americanos, sea bajo la simple forma de bancos, holdings o trusts, llevando en poco tiempo el establecimiento en el viejo continente de las grandes cadenas de factoring americanas.

Es así como el factoring se consolida en la práctica mercantil norteamericana y tiene su evolución más vigorosa, pasando de la figura de simple agente de colonia hasta la empresa moderna que realiza su función empresarial propia, dentro del área bancaria y financiera. Su época de gran desarrollo puede situarse en los comienzos de la década de 1950. Una vez definido su rol como nueva herramienta de naturaleza financiera, al despuntar la década de 1960 se lanza a conquistar el mercado europeo y el mundial.

En esa década el comercio internacional entró en una nueva fase de normalidad y los grandes bancos americanos irrumpieron masivamente en la actividad del factoring. Fue cuando se registró su introducción en los países europeos industrializados.⁴

El sustrato financiero configuraba el elemento desencadenante de su difusión. Y la obtención de financiamiento pasó a configurar la causa fin del contrato pertinente.

Tuvo lugar así el proceso de internacionalización del factoring hasta llegar a la fisonomía que en la actualidad le es reconocida universalmente. A raíz de esta notoria difusión, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), plasmó un conjunto de reglas uniformes con el objetivo de que sirvieran para regular el contrato de factoring, con relación a los créditos de los que son titulares los exportadores en el comercio internacional y su negociación financiera.

⁴ LEONI GONZÁLEZ, Jacobo “El contrato de factoring”, La Ley 151-1.005.

“La Convención de Ottawa de 1988 sobre Factoring internacional.”

Dichas reglas se articularon en la Convención de Ottawa, aprobada el 28 de mayo de 1988, al reconocerse que el Factoring internacional tiene un papel importante que desempeñar en el desarrollo del comercio internacional, de modo que se torna necesario adoptar reglas uniformes para proporcionar y armonizar un marco legal que facilite el desarrollo de esta figura contractual en el ámbito internacional a la par de intentar un justo equilibrio entre las diferentes partes involucradas en transacciones de esta naturaleza.

Tales reglas fueron pergeñadas para aplicar a los créditos de los exportadores de bienes y servicios a otros países (factoring de exportación). Si bien la Convención, tiene pocas ratificaciones de países, sus principios rectores fueron expandiéndose -directa o indirectamente- en los diversos ordenamientos jurídicos locales.⁵

La Convención afronta, primordialmente, el régimen de la cesión de los créditos entre las partes y los efectos de ella frente a los terceros.

Denominaciones utilizadas en el texto de la Convención:

Denominación Contractual	Partes Contratantes
Factoring contract Contrat d'affacturage Contrato de factoring	Factor y Supplier Entreprise d'affacturage y Fournisseur Factor y Proveedor

El artículo 1º de la Convención señala que el contrato de factoring es el concluido entre el proveedor (cliente) y el factor, en virtud del cual aquél cede a éste los créditos nacidos de los contratos de venta de mercaderías concluidos entre el proveedor y sus clientes (deudores), siempre que el factor cumpla alguna funciones complementarias, como ser:

- Financiar al proveedor (aunque no la destaca como prestación principal).
- Llevar la contabilidad relativa a los créditos.

⁵ LEYVA SAAVEDRA, José “El factoring internacional en la Convención de UNIDROIT”, Revista UNIVERSITAS, N° 105 Junio 2003, p. 553/582, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

- Tomar la cobranza de éstos.
- Proteger al proveedor en el caso de falta de pago por parte de los deudores.

Surge fácil la debilidad conceptual del negocio y la ausencia de diferenciación entre el factoring comercial y el factoring financiero. Más aún, para la Convención, el financiamiento es un servicio complementario más, que puede o no integrar el haz de servicios a comprometerse en el contrato. Al respecto, estimo que lo verdaderamente trascendente resulta ser la posibilidad de obtener financiación con sustento en los créditos que se originan por la política de ventas a plazo que articula la empresa asistida.

Al margen de ello, la Convención pone énfasis en la notificación de la cesión, puntualizando que puede ser hecha por escrito o por telegrama, telex o cualquier otro medio de telecomunicación “*capaz de dejar una traza material*” (notificación por medio fehaciente). Además se considera que la notificación surte efectos cuando ha sido recibida por el destinatario (sistema recepticio).

También la Convención reconoce que la cesión de los créditos opera entre las partes de la manera siguiente:

- Créditos presentes, desde el momento en que se produce el acuerdo.
- Créditos futuros, a partir del momento de su respectivo nacimiento.

Otro aspecto relevante de la Convención, es que se admite la cesión global de los créditos presentes o futuros, que surjan del ejercicio de la actividad del beneficiario del financiamiento. Al respecto, la transmisión de los créditos futuros se produce desde el momento de su nacimiento, sin necesidad de un nuevo acuerdo de transferencia.

Así se establece que “... una cláusula del contrato de factoring que prevea la cesión de créditos existentes o futuros no resulta inválida por el hecho de no venir especificados individualmente, si en el momento de la conclusión del contrato o en el de su nacimiento, pueden ser identificados por referencia al contrato.”

En este sentido la Convención es bien amplia, ya que optó en forma deliberada por no imponer criterios concretos de determinación y por dejar al criterio judicial la posibilidad de valorar los distintos supuestos por separado, a la luz de las previsiones contractuales y legales aplicables en cada caso.

Sin perjuicio de lo expresado, vale la pena señalar que la Convención centraliza la validez de las cesiones globales anticipadas, a las relaciones entre las partes del contrato, pero nada dice sobre su eficacia frente a terceros (cuestión que queda subordinada al derecho local que corresponda aplicar).

Por último, la Convención destaca el derecho del deudor cedido de poder oponer contra el factor, no solo las excepciones que nazcan del contrato básico del que surge el crédito transferido (fallas de mercaderías) sino también las demás excepciones de carácter personal que hubiera podido oponer contra el cedente (pagar a un tercero) en el momento de la notificación de la cesión.

Debo resaltar que el tema de las defensas y excepciones oponibles por el deudor cedido, es una de las cuestiones más debatidas dentro de la problemática de la cesión o transferencia de créditos, en los distintos ordenamientos jurídicos, situación que se erige como altamente delicada en la estructuración del negocio del factoring financiero.

2. Noción general.

Nadie duda en la actualidad que sin financiación accesible, la producción y comercialización de bienes y servicios se vería notablemente obstaculizada. De allí que el crédito se haya erigido como elemento sustancial de la comercialización, brindando múltiples ventajas para la colocación de bienes y servicios en el mercado.

Pero las propias empresas interesadas en financiar a su clientela, tienen escaso margen de financiación para otorgar con más el agravante de que sobre sus espaldas recaerían todas las consecuencias y los riesgos de la insolvencia o demora en la cobranza. Es así como debe recurrirse a un tercero con una organización especial que asuma el financiamiento y desligue a las empresas productoras y comercializadoras de la pesada carga de esperar el pago de los bienes y servicios ofrecidos al mercado y, de ese modo, permitir que el cliente consolide su capital operativo.

En mérito de esa necesidad, se consolida el factoring financiero, como nueva modalidad operativa que va más allá del factoring comercial (gestión de cobranza y aporte de servicios administrativos), ya que se recurre al mismo como técnica de financiación, por lo que sus matices tipificantes lo encuadran dentro de los contratos bancarios y financieros.

Reitero, la diferenciación no es menor, pues el rol financiero no solo constituye la causa del contrato de factoring sino que ello exige que las entidades que brindan este servicio, cuenten con personal profesionalizado en la ciencia financiera y en las normas técnicas aplicables, en particular si se encuentran comprendidas y bajo el régimen de la Ley 21526.

A pesar de que en la práctica el factoring señala diferencias categóricas en su operatividad, la doctrina en general ha tratado de delinear una noción uniforme del mismo, coincidiendo en caracterizarlo como contrato autónomo, cuya función económica y causa determinante revisten individualidad propia.⁶

Pero lamentablemente la doctrina no resalta el límite separativo entre el factoring comercial y el factoring financiero. Esta situación no ha sido profundizada siendo ello fundamental, pues distinta será la regulación jurídica de uno y otro tipo de contrato. Además ello explica ciertas confusiones en el encuadre y tratamiento que se le asigna a una y otra modalidad operativa.

A título ilustrativo se ha definido al factoring como “un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante y el factor, según el cual aquél se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y a notificarles esta transmisión; en contrapartida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.”⁷

Asimismo se ha puntualizado que “el factoring es una técnica por medio de la cual y sobre la base de un convenio establecido un organismo especializado se encarga del cobro y de la concesión de créditos de las empresas que forman su clientela y de quiénes toman sus deudas a su cargo, a medida que se van produciendo, sin posibilidad de recurso y que, si su cliente lo desea, puede así financiar toda su cartera de deudas”.⁸

⁶ BIANCHI, Renzo “Il factoring”, p. 31, Torino, Año 1.970.

⁷ FURNO, Annie C. “Le factoring”, Hommes et Techniques N° 293, p. 265, París - Año 1.969.

⁸ ROISIERS, Pierre “Le factoring”, Distribution D’Aujourd’hui N° 3, p. 22, Bruselas - Año 1.968.

También se ha sostenido que el “factoring moderno es un convenio continuo mediante el cual una institución financiera asume las funciones de crédito y cobro de su cliente y compra sus facturas en el momento que son extendidas, sin poder beneficiarse de un recurso contra él en caso de no pagarse; como consecuencia de estas relaciones, la sociedad de factoring asume otras obligaciones (generalmente de naturaleza financiera o documental) a favor de sus clientes”.⁹

En idéntica tesitura se ha dicho que “el factoring consiste en una actividad de cooperación empresarial que tiene por objeto, para el factor (institución financiera) la adquisición en firme, a los productores de bienes o prestadores de servicios, de los créditos de que sean titulares contra sus compradores o deudores, garantizando su satisfacción y prestando servicios complementarios de contabilidad, estudios de mercado, investigación de clientela, asesoramiento e información, etc., a cambio de una retribución, a los que puede agregarse una posibilidad de financiación mediante anticipos con devengamiento de intereses”.¹⁰

También se ha considerado que el factoring resulta ser “el contrato mediante el cual, una empresa especializada denominada factor presta el servicio de colaboración (de asistencia técnica y financiera) a otra empresa comercial o industrial, obligándose la primera, mediante un precio en el que se computa el costo (latu sensu) de prestación del servicio, *a adquirir una determinada masa de créditos* que tuviere la otra por su actividad empresarial en relación a terceros y durante un lapso determinado”.¹¹

Asimismo se ha intentado definir al factoring como “el contrato por el cual una entidad financiera (banco comercial o compañía financiera) se obliga frente a una empresa a *adquirirle todos los créditos* que se originen normalmente y de una manera constante en su negocio por venta de mercaderías durante un período de tiempo expresamente convenido, pero pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y abonar por los

⁹ PHELPS, Clyde W. “The role of factoring”, p. 61, Baltimore, Año – 1.961.

¹⁰ ROCA GUILLAMON, Juan “El contrato de factoring”, p. 17, Madrid - Año 1.977.

¹¹ ARGERI, Saúl A. “Contrato de factoring”, La Ley 1.978-D-1253.

mismos un precio fijado mediante una proporción establecida sobre sus importes y a prestar determinado servicio, quedando los riesgos de la cobranza respectiva a cargo de la entidad financiera”.¹²

El factoring o factoraje es una alternativa de financiamiento que apunta principalmente a pequeñas y medianas empresas y consiste en un contrato mediante el cual una empresa traspasa el servicio de cobranza de los créditos derivados de las ventas a plazo comercial que efectúa la empresa vendedora y a cambio, obtiene de manera inmediata el dinero a que esas operaciones se refiere, aunque con un descuento. Adicionalmente el factor puede ofrecer a la empresa, asistencia técnica necesaria para un mejor desarrollo financiero y comercial.¹³

En otros términos, se observa que el factoring configura un contrato por el cual un empresario conviene que una entidad financiera *le adquirirá todos los créditos* provenientes de la explotación normal de su empresa hasta una suma determinada y por un tiempo expresamente convenido, asumiendo los riesgos de sus cobros y reservándose el derecho de seleccionar dichos créditos, obligándose asimismo a prestarle la asistencia técnica necesaria para un mejor desarrollo del contrato. En contraprestación el empresario se obliga a abonar una comisión en forma proporcional a los capitales adelantados.

O bien, como aquel contrato en virtud del cual el proveedor (cedente) cede o se obliga a ceder al factor (cesionario) una cartera de créditos determinada (existentes o futuros) con terceras personas (deudores cedidos) originados en su giro comercial, asumiendo el factor la cobranza de los créditos cedidos, contra una comisión o contraprestación pactada.¹⁴

¹² LINARES BRETON, S. “Factoring: un nuevo contrato bancario y financiero”, La Ley 137-1.005.

¹³ ZACARIAS MICHELAGNOLI, Enrique “Breve reseña del contrato de la factura crédito conformada y del contrato de factoring en la legislación paraguaya”, Revista de Estudios de Derecho Empresario, Escuela Comercialista de Córdoba, Volumen Especial Nº 9, del 13/12/2.016-ISSN 2346-9404.

¹⁴ ALEGRIA, Héctor y MOLINA SANDOVAL, Carlos “Bases y directrices para la regulación del factoring en la República Argentina”, en “Contratos Bancarios”, RUBINZAL-CULZONI, Santa Fe – Año 2.006.

El factoring puede explicarse como aquella operación por la cual un empresario transmite, con o sin exclusividad, los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil, a un factor, el cual se encargará de la gestión y contabilización de tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo de ellos a favor de su cliente; servicios desarrollados a cambio de una prestación económica que el cliente ha de pagar (comisión, intereses) a favor de su factor.¹⁵

Puede describirse al factoring financiero, como aquel negocio por el cual una empresa conviene que una institución financiera le **adquiera** los créditos provenientes de la explotación normal de su giro operativo hasta una suma determinada y por un tiempo expresamente convenido, asumiendo los riesgos de su cobro y reservándose el derecho de seleccionar los créditos por adquirir.¹⁶

En Paraguay, un aporte significativo en la materia, puede consultarse en el libro publicado recientemente por el Banco Central de Paraguay, en abril de 2022, titulado “Factoraje: Oportunidad de Financiamiento con Transacciones Seguras”, con aportes doctrinarios y explicativos esclarecedores sobre el funcionamiento de este negocio financiero, conforme la nueva ley dictada.

De las definiciones reseñadas precedentemente, es posible extraer la descripción esquemática del desarrollo de la operación de Factoring y su tipicidad. Como puede apreciarse, se trata de un servicio de asistencia financiera prestado por una empresa especializada, por un precio cierto que se fija en función de las tasas de interés de mercado pactado y que además, complementariamente puede acompañarse con otros servicios administrativos oportunamente estipulado.

Fácil resulta deducir que los servicios a brindarse pueden ser de naturaleza financiera o administrativa – conjunta o indistintamente – conforme se acuerde entre las partes como integrantes de la relación negocial.

¹⁵ LISOPRAWSKI, Silvio y GERSCOVICH, Carlos “Factoring”, DEPALMA, Año 1.997, p. 15.

¹⁶ BARREIRA DELFINO, Eduardo A. “Incidencias del Código Civil y Comercial – Contratos bancarios”, Vol. 6, editorial HAMMURABI, Buenos Aires, Argentina – Año 2.015.

Sin embargo, considero que el financiamiento configura el servicio principal, de mayor complejidad y riesgo que los otros, por lo que se erige en elemento tipificante del negocio.

La existencia de financiación nos coloca ante una modalidad operativa objetivamente distinta a la modalidad comprensiva de meros servicios administrativos y de gestión. Más aún si la financiación ha de ser el principal servicio a brindar, se requiere de sociedades especializadas para tal cometido y, si para ello utilizan recursos captados del ahorro del público, necesariamente se requerirá estar autorizada como banco o entidad financiera y supervisada permanentemente por la autoridad monetaria pertinente.¹⁷

3. Advertencia sobre el desdoblamiento de la estructura del factoring.

Sobre el particular, soy de opinión y con pleno convencimiento técnico-jurídico que el factoring merece que sea desdoblado en dos modalidades operativas, bien diferentes en cuanto a finalidades perseguidas, sustancia del negocio y especialidad de gestión, a saber:

- El ***factoring comercial***, que comprende la prestación de servicios de cobranza y gestión judicial de cobros como servicios administrativos varios. La prestación del factoring está a cargo de sociedades comerciales especializadas, sujetas a la regulación del derecho comercial y sin posibilidad de actuar como intermediarios financieros institucionales (salvo que brinden asistencia financiera con recursos propios).
- El ***factoring financiero***, que comprende la prestación del servicio de financiamiento, sea mediante adquisición de carteras de créditos o anticipos sobre las mismas. La prestación del factoring, que únicamente está a cargo de entidades financieras sujetas a la regulación del derecho bancario y financiero y, por consiguiente, habilitadas para actuar como intermediarios financieros (sin que ello sea obstáculo para brindar otros servicios, a título complementario del financiamiento comprometido).

¹⁷ Situación en Argentina, conforme arts. 21 y 24 de la Ley 21.526 de Entidades Financieras.

De ambas modalidades, la verdaderamente relevante es la del ***factoring financiero***, porque importa una técnica de financiación que transforma los créditos a cobrar por el cliente, en dinero efectivo, incrementando el índice de liquidez pertinente a la par de consolidar el índice de solvencia.

Configura un sistema de financiamiento realmente importante y novedoso, que se materializa a través de la compra de cuentas a cobrar y su pago al contado, sin responsabilidad en los resultados para la empresa asistida.

4. Procedimientos operativos.

A pesar de su internacionalización es preciso señalar que la mecánica del factoring no es idéntica en todos los mercados donde se lo practica. Existen algunas diferencias en la forma que se desarrolla en los distintos países, en razón de haber tenido que adaptarse, en su contenido y procedimientos operativos, a las disposiciones legales y económicas de cada jurisdicción.

Estos procedimientos operativos difundidos en la práctica internacional y sus combinaciones, merecen un previo ordenamiento, de modo de poder apreciar la línea separativa entre el ***factoring financiero*** y el factoring comercial, aún hoy muy difusa.

Las diferentes modalidades de factoring pueden ordenarse en cuatro grandes grupos, a saber:

- | | | |
|----------------------------|---|--|
| • Según su contenido | { | Con financiación. |
| | | Sin financiación. |
| • Según su exteriorización | { | Con notificación a deudores cedidos. |
| | | Sin notificación a deudores cedidos. |
| • Según su riesgo | { | Con asunción del riesgo de impago (sin recurso). |
| | | Sin asunción del riesgo de impago (con recurso). |

4.1. Según su contenido.

Bajo esta perspectiva, a mi criterio la de mayor relevancia ontológica, el contrato de factoring puede o no comprender el otorgamiento de financiación a favor del cliente.

En el primer caso, o sea, el factoring con financiación (*credit-cash factoring*), prevalece en la estructura del contrato el componente financiero, lo que le permite al cliente obtener del factor el pago inmediato de los créditos oportunamente transferidos, cualquiera sea la fecha de los respectivos vencimientos de pago. Aparece así la relevancia de un mecanismo idóneo para asegurar la liquidez empresarial.

Como contrapartida por la movilización inmediata de tales créditos, el factor tendrá derecho a la percepción de intereses, los que se pactarán en función del plazo que restare para el vencimiento de las deudas transmitidas.

De este modo, puede decirse que el cliente coloca su producción o prestación al contado, a raíz de los pagos (o anticipos) que le realiza el factor y, por su parte, los deudores cedidos pagan al factor en los plazos originariamente estipulados. Queda así configurado el circuito de flujo de fondos, que ofrece esta alternativa de financiación y que va nutriéndose continuamente.

El factoring con financiación, coadyuva a fortalecer la liquidez de las empresas beneficiadas con la asistencia financiera. Los plazos de financiación que se utilicen mediante esta modalidad, dependerán de las circunstancias coyunturales del mercado financiero y de las condiciones de comercialización existentes en el sector de la actividad desplegada por el cliente.

En el segundo caso, o sea, el factoring sin financiación (*maturity factoring*), el interés de la operación se centraliza en la asistencia administrativa, contable y técnica como objetivo principal del contrato, por lo que el pago de los créditos comprometidos en la operación se realiza conforme sea el vencimiento normal de los mismos. Los créditos no se ceden, solo se acuerdo un servicio de seguimiento y cobranza.

Mediante esta modalidad operativa, las empresas clientes persiguen racionalizar y optimizar su estructura interna delegando en el factor el manejo contable y administrativo del área de ventas como el seguimiento y el cobro de los créditos generados por la actividad, al respectivo vencimiento.

La financiación está ausente dado que la empresa cliente percibe el producido de sus ventas o prestaciones, sólo en la medida que sus deudores cancelen sus deudas en los vencimientos pactados. El factor actúa como

mandatario del cliente ante los deudores, sin adelantar fondos ni asumir riesgo crediticio alguno como tampoco quedar afectado por la falta de pago de los créditos en cuestión.

Puede deducirse, entonces, que la calificación del factoring por su contenido es la que desdobra la operatoria en dos negocios distintos e independientes y regulados de modo diferente: el *factoring financiero* y el *factoring comercial*.

4.2. Según su exteriorización.

Esta modalidad está dada por el hecho de que se notifique o no a los deudores cedidos, la transmisión de los créditos a favor del factor y que el pago que éstos hagan sólo será válido y con plenos efectos liberatorios si es realizado al factor, en su calidad de nuevo titular de tales créditos.

La notificación resulta inexcusable para la validez y oponibilidad de los créditos cedidos, ante los terceros, por imposición de normas legales expresas, tal es el caso de Paraguay (art. 9 de la ley 6.542 y 528 del Código Civil) como de Argentina (arts. 1.428 y 1620 del Código Civil y Comercial).

También puede ser facultativa, en la medida que el ordenamiento legal aplicable no exija esa notificación a los deudores cedidos, como es el caso de créditos instrumentados en títulos de crédito o títulos valores negociables, o bien, cuando las propias partes acuerdan su omisión para mantener en zona de reserva la negociación, por razones de imagen o prestigio corporativo (*“non-notification factoring or indirect collection”*).

En el primer supuesto, el derecho aplicable al negocio torna necesario cursar a los deudores cedidos notificación fehaciente de la cesión efectuada a favor del factor, para que sea oponible a aquellos. Cumplida la notificación a los deudores cedidos, la operación se torna oponible y produce el embargo de cada crédito transferido a favor del factor y determina ante quien debe cancelarse válidamente el crédito.

En el segundo supuesto, el cliente mantiene en reserva su relación con el factor, la que es ignorada por sus deudores. El pago de los créditos afectados se efectúa ante el portador del título de crédito o título valor, o bien, ante el propio cliente que ha cedido el crédito, quien se ha obligado, a su vez, a rendir cuentas y remitir al factor los importes percibidos. En la primer sub-variante, hay vinculación cambiaria entre el factor y el deudor del cartular; por el contrario, en la segunda sub-variante, no hay vinculación operativa entre el factor y los deudores cedidos.

4.3. Según sus alcances.

Esta variante se circunscribe al hecho de que el factor puede o no asumir a su cargo, los riesgos de insolvencia, demora o falta de pago de los créditos transferidos a su favor.

Si se asume el riesgo de insolvencia, variante denominada “sin recurso” (*“without recourse”*), ante la falta de pago de alguno de los créditos cedidos, el factor nada puede reclamar al cliente. Por el contrario, si no se asume dicho riesgo, variante llamada “con recurso” (*“with recourse”*), el factor queda habilitado para reclamar al cliente el pago del crédito incumplido.

En el factoring “sin recurso” (denominado propio), el negocio es equiparable a una compraventa de créditos, en el que económicamente se está en presencia de un contrato con pago al contado.

En el factoring “con recurso” (denominado impropio), el negocio es asimilable a una operación de crédito, en donde la cesión responde a una finalidad de garantía.

De ambas alternativas, la de mayor relevancia es la que comprende la asunción de los riesgos de insolvencia por parte del factor, atento que en los supuestos de falta de pago de alguna de las deudas tomadas, el factor no tiene acción de reclamo contra el cliente.

Por asumir dicho riesgo el factor compromete su patrimonio, al tener que soportar por sí las consecuencias de la falta de pago de los créditos transferidos por negativa, insolvencia o falencia del deudor en mora. Ergo, la selección de los créditos y la investigación de la solvencia de los posibles deudores cedidos, resultan viscerales para el factor.

En mi opinión, esta particularidad tipifica la operatoria del factoring financiero y centraliza el interés del funcionamiento de esta técnica de financiación. De ella deriva la conclusión de que en el contrato de factoring financiero se produce un desdoblamiento interesante que caracteriza el negocio, por un lado el beneficiario de la asistencia financiera (el cliente) y por el otro, el pagador de esa asistencia (el conjunto de deudores cedidos).

Al asumirse el riesgo de insolvencia, puede decirse que el cliente asistido paga el financiamiento acordado mediante la transmisión de los créditos objeto de la negociación. Sustituye un activo indisponible (crédito) por un activo disponible (caja).

Conforme el entorno expuesto, un concepto importante que debe quedar bien precisado en cuanto a sus alcances – incluso es materia de previsión contractual – es la definición de que se entiende por “riesgo de insolvencia”, ya que los matices pues ser muy variados.

En este sentido, considero que el riesgo de insolvencia debe interpretarse en sentido amplio, comprensivo del simple incumplimiento de pago de la deuda de que se trate a su vencimiento hasta la situación extrema de presentación del deudor del crédito cedido solicitando su concurso preventivo o su propia quiebra o la declaración de quiebra requerida por uno de sus acreedores.

O sea, que insolvencia sería equivalente a impago. Esa seguridad de pago analizada y calificada previamente para acceder al financiamiento mediante la adquisición definitiva de dicho crédito, es ponderada exclusivamente por el prestador financiero y bajo su sola responsabilidad. Ergo, cuando más restrictivo sea el concepto de insolvencia, es mayor la posibilidad de desnaturalizar el rasgo tipificante de este esquema de financiación, pues en la práctica funcionaría como “factoring con recurso”.

En este sentido, es común observar cláusulas que acotan sobremanera la asunción del riesgo, como por ejemplo: “.... No se considerará insolvencia las disputas comerciales que puedan surgir entre el Cliente y el Deudor oportunamente cedido, relativas a las mercaderías vendidas o los servicios prestados o incumplimientos de condiciones contractuales pactadas entre ellos”.

En síntesis, el denominado riesgo de insolvencia que se asume no puede ser otra cosa que el riesgo de impago de la deuda a su vencimiento.

4.4. Según su área geográfica.

Esta clasificación depende de la jurisdicción correspondiente al domicilio legal o sede administrativa o asiento principal de los negocios de las partes que intervienen en el contrato de factoring:

- Es local o interno (“domestic factoring”) si el cliente y sus respectivos deudores tiene su domicilio o sede social en el mismo país que el factor.
- Es internacional (“international factoring”) si el cliente o sus deudores tienen su domicilio en un país distinto al del factor.

A su vez, el factoring internacional puede ser:

- De exportación, si el factor y su cliente residen en un mismo país y los deudores de este último en otro; el vendedor / prestador obtiene el financiamiento de una institución de su propio país.

- De importación, si el cliente reside en un país y sus deudores como el factor en otro; el vendedor / prestador obtiene el financiamiento de una institución del exterior.

4.5. Ordenamiento operativo.

Vistos los diversos procedimientos de implementación del factoring en la práctica internacional, pueden darse una serie de combinaciones entre ellos, que permiten delimitar el campo de acción del factoring financiero y del factoring comercial:

Cuadro comparativo de las modalidades de factoring.

Modalidad	Con financiación	Sin financiación	Con notificación	Sin notificación	Con recurso	Sin recurso
Factoring Financiero	SI	NO	SI	-----	NO	SI
Factoring Comercial	NO	SI	SI	Según ley local	NO Simple cobranza	NO Simple cobranza

El correcto encuadramiento de cada negocio, en función de las combinaciones de servicios que puedan haberse pactado, resulta vital, pues de ello dependerá la regulación legal aplicable.

En este sentido, la existencia de financiación como elemento causal del negocio, conlleva que el encuadramiento legal y reglamentario de la operación responda a la normativa reguladora de la actividad institucional de las entidades financieras y de las operaciones de financiación que están autorizadas a realizar mediante la canalización de los recursos financieros captados del público.

5. Relevancia del sustrato financiero.

Vista la diferenciación existente entre el factoring comercial y el factoring financiero, puede describirse a éste último como aquel negocio por el

cual una empresa conviene que una institución financiera le “*adquiera*”¹⁸ los créditos provenientes de la explotación normal de su giro operativo hasta una suma determinada y por un tiempo expresamente convenido, asumiendo los riesgos de su cobro y reservándose el derecho de seleccionar los créditos por adquirir.

Complementariamente, la entidad financiera puede ofrecerse a prestarle asistencia administrativa y técnica, en la medida que sea necesaria o conveniente para un mejor desarrollo del contrato y de la relación de negocio establecida.

El factoring financiero conforma un conjunto de servicios prestados por una institución de crédito para atender financiera y administrativamente la cartera de deudas de la empresa cliente.

Contestes con ello, el factoring financiero persigue dos finalidades perfectamente identificables, a saber:

- Una preponderante, como vía instrumental para obtener medios líquidos inmediatos y continuados.
- Otra complementaria, como procedimiento destinado a descongestionar y aliviar las tareas administrativas de la empresa asistida, coadyuvando a la optimización de su gestión.

Fácil resulta deducir que el factoring financiero importa una técnica de financiación que transforma los créditos a cobrar – documentados o no – por la empresa cliente, en dinero efectivo, a través de lo cual el beneficiario de la asistencia incrementa su correspondiente índice de liquidez a la par que disminuye su índice de endeudamiento.

En efecto, a diferencia de otras fuentes de financiamiento, la venta de los créditos y la asunción de los riesgos de insolvencia, determina que los recursos percibidos no presupongan deudas que graven el pasivo del cliente beneficiario ni que exijan de su parte la constitución de garantías específicas ni que se vea afectada su capacidad normal de pago.

Esta técnica de financiación gira alrededor de la adquisición de las cuentas por cobrar y su pago al contado con el aditamento de la ausencia de

¹⁸ Art. 1.421 del Código Civil y Comercial de la Argentina, prescribe: “Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, **se obliga a adquirir** por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominado factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos”.

responsabilidad en el ulterior cobro a los respectivos vencimientos para la empresa asistida. Comprende un conjunto de créditos presentes y, especialmente futuros; no un crédito aislado, el cual es resorte de simple cesión.

Mientras que en el crédito tradicional, los bancos y demás entidades financieras deben poner énfasis en la solvencia y capacidad de pago del cliente deudor y prestar especial atención en el proceso de gestión de la empresa endeudada, en el factoring financiero lo que adquiere primordial relevancia es la solvencia de los compradores de su clientes (deudores cedidos), por lo que la atención se fija en los procesos de producción y comercialización de la empresa solicitante de esta línea de financiamiento y en la cartera de créditos que vaya originando.

Bajo esta mecánica, el factoring financiero tal vez no sea tan atractiva para las grandes empresas, las que generalmente cuentan con capacidad económica y acceso a fuentes de financiamiento; pero para el sector de las pequeñas y medianas empresas, con dificultades para acceder al crédito, resulta de suma utilidad, en función de la generación de créditos resultantes de sus respectivas actividades.

En función de lo expuesto, el factor asistente tiene que operar bajo ciertos criterios de selección, como ser:

- El sector económico en que se desenvuelve el cliente y su escenario futuro.
- Su concepción dentro del sector.
- Su capacidad técnica y profesional y su solvencia moral.
- La naturaleza y calidad de los bienes o servicios que comercializa.
- Su estructura comercial y de gestión.
- La evolución de sus ventas o prestaciones y sus tendencias.
- La solvencia y la capacidad de pago de los deudores del cliente, a fin de evaluarlos y fijar límites de riesgo.

Considerando que uno de los matices tipificantes del factoring financiero está dado por la asunción de los riesgos de insolvencia de todos y cada uno de los deudores cedidos, procede señalar que el factor cubrirá los riesgos de las ventas o prestaciones de su cliente, por lo cual el derecho a seleccionar los créditos que acepta que le sean cedidos es incuestionable al igual que el derecho a verificar que las ventas o prestaciones en cuestión se hayan efectuado realmente a compradores o usuarios también aprobados o recomendados por el factor.

Si bien es cierto que el cliente que recurre al factoring financiero logra minimizar el grado de imprevisión en los costos que se derivan de la incertidumbre o inseguridad de cobro de las de su cartera de deudas, ello no significa trasladar esa inseguridad al factor que financia, pues operada la transferencia de los créditos inobservados, el riesgo de insolvencia que se asume se diversifica notablemente para el factor, lo que posibilita que el recupero de la inversión sea más segura y preferible al que pueda derivar de un solo deudor.

6. Naturaleza jurídica.

Del análisis de las diversas modalidades del negocio de factoring que se presentan en la práctica, reiteramos que se observan dos clases de factoring, que persiguen resultados distintos y que se encuentran subordinados a reglas diferentes:

- El *factoring comercial*, que comprende la prestación de servicios de cobranza y gestión judicial de cobros amén de otros servicios administrativos afines o complementarios.
- El *factoring financiero*, que comprende la prestación del servicio de financiamiento, sea mediante la adquisición de carteras de créditos o anticipos sobre ellas.

En el primer caso estamos en presencia de un contrato de cambio; en el segundo, estamos frente a un contrato financiero. Ergo, sus respectivas naturalezas jurídicas son bien distintas, lo que conlleva a la aplicación de reglas funcionales y pautas interpretativas diferentes.

Evidentemente, la modalidad relevante es la del el factoring financiero, que importa una técnica que transforma créditos a cobrar por el cliente, en dinero efectivo: permuta de activos de gran trascendencia para el giro evolutivo de la empresa.

6.1. La causa de la contratación.

Si se tiene presente la teoría objetiva de la causa de los contratos, es decir, la “*finalidad jurídico-económica*” perseguida por el acuerdo de voluntades, resulta innegable que en el factoring financiero, esa finalidad motivadora y prevaleciente en la intención de las partes contratantes es la de

obtener (el cliente) y *acordar* (la entidad financiera) una línea de financiamiento continuada, en función de las ventas y / o los servicios que configuran la actividad comercial habitual del beneficiario de la asistencia.

Tanto es así, que la particularidad que ofrece esta técnica de financiación es la de sustentarse en la solvencia patrimonial de cada uno de los deudores cedidos a la entidad financiera por el cliente asistido.

Ergo, el financiamiento que se brinda con esta operatoria es el elemento esencial que predicen las entidades prestadoras para captar clientes. Esa financiación es el factor determinante para la entidad financiera y el cliente, que conduce a la toma de decisión para obligarse en esos términos y no en los derivados de otro negocio jurídico, por más similitud que presente. Es por ello que la financiación se erige así en el vehículo unificador entre las partes contratantes.

La función económica y las finalidades específicas perseguidas mediante este negocio, sumadas las connotaciones indicadas, constituyen y hacen a la “**causa**” del factoring financiero.

Modalidades y precio de la financiación.

En el factoring financiero, la financiación presenta una categórica ventaja sobre los sistemas conocidos, pues el financiamiento tradicional tiene en cuenta la capacidad de pago y endeudamiento del deudor principal, por lo que las empresas de porte mediano o que inician sus actividades, encuentran grandes limitaciones para lograr acceso al crédito.

Por el contrario, como en el factoring lo que cuenta y se analiza es la capacidad de pago y la solvencia de los compradores / usuarios (deudores) del posible cliente, la circunstancia de que una empresa venda sus productos o preste sus servicios a firmas de sólida o gran solvencia económica, amplía notoriamente su capacidad y expectativas de crédito. Aquí se evidencia la bondad de esta técnica de financiación para pequeñas y medianas empresas, habitualmente proveedoras o servidoras de grandes empresas.

La financiación en el factoring puede efectivizarse a través de dos variantes (una ordinaria y habitual; la otra esporádica y ocasional), a saber:

- Pago al contado de los créditos adquiridos por la entidad financiera, previa deducción de los intereses pertinentes calculados en función de la tasa de interés vigente conforme el riesgo implícito y por el período de disponibilidad de los fondos a favor del cliente, según la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos devengados.

DOCTRINA

- Anticipo sobre futuras ventas o prestaciones, quedando subordinado su pago a la liquidación resultante del cálculo de intereses corridos desde la percepción de los fondos por parte del cliente asistido hasta la fecha de percepción efectiva de cada uno de los créditos posteriormente adquiridos o hasta la fecha de devolución que se haya pactado si no se adquiriesen créditos ulteriores.

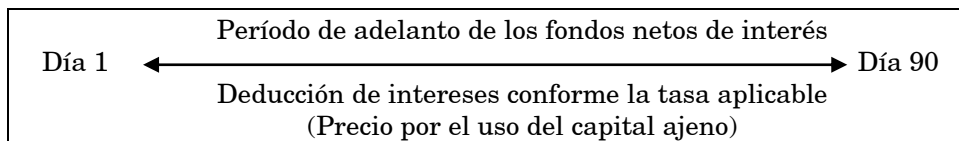
En ambas modalidades, el precio del factoring va a estar dado por la tasa de interés que resulte aplicable en función del plazo de la financiación acordada. Por consiguiente, dicho precio no puede ser fijado libre o arbitrariamente al solo criterio del prestador como si se tratara de una simple compraventa de créditos.

Si no se acorta el plazo para el pago del precio de adquisición del crédito seleccionado, pues se prevé pagar solo en el momento de la liquidación, en la fecha de su respectivo vencimiento, o lo que es igual, si no se anticipa el valor de ese crédito, no habrá financiación alguna.

Contestes con lo expuesto, resultará inapropiado calificar el contrato como financiero, atento que faltaría esa esencia que unifica y decide el negocio, ponderada como pauta tipificante. No habría factoring financiero sino meramente comercial.

Más aún, en estos casos toda disminución de precio que se pretenda o se materialice implicaría el riesgo de encubrir un enriquecimiento sin causa.

Ecuación financiera.



Tasa de interés

En la materia rige el principio rector acerca de la libre concertación de la tasa de interés entre el cliente y el banco.

- **Tipo de interés:** “tasa fija” o “tasa variable”, determinándose por cada crédito involucrado
- **Base de liquidación:** el interés deberá ser liquidado sobre el capital efectivamente prestado (monto del crédito adquirido) y por el tiempo en que haya estado a disponibilidad del cliente.
- **Modalidad de aplicación:** en forma adelantada, ya que cada cesión de crédito es asimilable a una operación de pago único y, generalmente, por plazos menores a 180/360 días.
- **Cálculo de la tasa efectiva anual:** en forma adelantada, ya que se perciben íntegramente, determinándose proporcionalmente a partir de una tasa anual.
- **Costo financiero total:** comprende el aditamento del efecto de los cargos asociados a la operación que no impliquen la retribución de un servicio efectivamente prestado o un genuino reintegro de gastos; en este sentido, se pueden computar gastos originados en la evaluación de los potenciales deudores cedidos, erogaciones por envío de avisos de débito y notificaciones; por el contrario, no se pueden computar las retribuciones por la prestación de otros servicios administrativos pactados ni los aforos.

Aforo.

Es común pactar un “aforo” por riesgos contingentes, pero su naturaleza no es financiera sino comercial. Persigue una cobertura por eventuales deducciones practicables por los deudores cedidos con sustento en defensas y excepciones causales o personales que pueden llegar a invocarse.

Se trata de un concepto usado en las prácticas comerciales crediticias. En las operaciones de factoring o factoraje, representa la cantidad que el factor descuenta por anticipado y que se destina a un fondo de cobertura en calidad de garantía; de modo tal que cuando se realiza la operación, se fija un aforo sobre las factura de, por ejemplo, un 20% y se financia el 80%, con el compromiso de su devolución al cliente, una vez que los créditos financiados son abonados por los respectivos deudores cedidos, en el plazo estipulado.

En otras palabras, se entiende por aforo el porcentaje del monto máximo expresado que se financiará a través de un crédito, por lo que el beneficiario del crédito, deberá cubrir con su capital ese porcentaje pactado

En la financiación vía factoring, el aforo resulta razonable si los créditos adquiridos están documentados en contratos o convenios causales, donde su adquisición implica que la entidad financiera pasa a sustituir al cliente y ocupar su lugar, adquiriendo un derecho derivado, susceptible de deducciones al momento de pago.

Por el contrario, no lo es si los créditos transmitidos están reflejados en títulos de crédito o títulos valores negociables, donde impera la literalidad de la suma inserta en el documento que debe ser abonada y, además existe una cadena cambiaria, por lo que la entidad adquirente pasa a ocupar un lugar propio, distinto al del cliente que le endoso el documento y, por lo tanto, adquiere un derecho autónomo.

6.2. Perfiles que configuran la tipicidad del negocio.

Conforme se ha visto, estimo válido aseverar que el factoring financiero posee individualidad propia y autonomía funcional, en virtud de que cumple una función económico-social de cooperación que no puede lograrse por la vía de algún contrato típico al que se pretenda asimilarlo.

Si bien el factoring ha nacido de la cesión de créditos, es evidente que se le han añadido algunos elementos no previstos en el régimen de la cesión de derechos, los que han tenido una influencia decisiva sobre el tipo, alterándolo ó mutándolo de modo tal que ha surgido un negocio o contrato nuevo, de contenido original, que configura una financiación.

Recuérdese que la cesión de créditos es un contrato de cambio; por el contrario, el factoring financiero es un contrato de asistencia crediticia, lo que indudablemente marca una diferencia sustancial desde la óptica comparativa.

En este sentido, considerando la causa o fin perseguido por este contrato, las prestaciones emergentes, la naturaleza jurídica del negocio, el vínculo unificador que deriva en el acuerdo de voluntades más el mecanismo funcional y los efectos derivables, los requisitos tipificantes del factoring financiero serían:

- La adquisición en firme y con carácter irreversible de los créditos seleccionados que derivan del giro industrial, comercial o de servicios de la empresa cliente.
- La asunción del riesgo de insolvencia de todos y cada uno de los deudores de los créditos transmitidos por el cliente.

- La fijación del precio de la financiación en función de las tasas de interés que se encuentren vigentes en el mercado y del plazo previsto para el pago de los créditos transferidos, conforme sus respectivos vencimientos.

La ausencia de cualquiera de los elementos tipificantes descriptos diluye la presencia de este negocio como operación financiera de perfiles propios y definidos. Más aún, lo hace descartable como contrato financiero “sui generis” y posibilita su calificación como simple factoring comercial o como contrato disfrazado o simulado.

Aclaro que el aditamento de otros servicios administrativos y complementarios (opcionales) que suelen prestarse, integran el negocio y ello es muy conveniente y atractivo, pero no configuran un elemento tipificante del factoring financiero. Por ende, su retribución no puede ser fundida en el precio de la financiación sino que es resorte de tratamiento por separado.

Es evidente que el factoring financiero se inserta en las tendencias actuales que ponen énfasis en la optimización de la gestión empresarial desde la óptica del manejo de sus recursos financieros. Responde a cierta evolución dirigida a una constante especialización operativa, cada vez mayor.

Por último resta señalar que desde el ángulo de la tipicidad, en la actualidad reviste mayor trascendencia y campo de acción, la tipicidad social (usos y prácticas sociales uniformes) que la tipicidad legal (regulación normativa), principalmente, por la notable dinámica que hoy se observa en el mundo de los negocios financieros.

7. Diferencias con otros contratos.

No caben dudas que el factoring financiero constituye una técnica más entre las que puede optar el empresario con la finalidad de movilizar sus deudas e incrementar su liquidez operativa.

Las diferencias más relevantes que presenta el factoring financiero con otras técnicas de movilización de deudas y financiación – descuento bancario y cesión de créditos - son las que se enuncian a continuación.

7.1. “Con el descuento bancario”.

El contenido jurídico del factoring financiero está dado por la existencia de una transferencia lisa y llana de los créditos provenientes de las ventas de mercaderías o servicios, de manera que siendo una venta, el cliente no se constituye en deudor del banco y, a su vez, deja de ser acreedor del deudor cedido. Surge ahí con nitidez la diferencia sustancial entre esta operación y la de descuento de documentos, en cuanto en ésta la cesión del crédito al banco se hace “pro solvendo”, mientras que en el factoring financiero, la entrega del crédito es “pro soluto”.

En atención a lo expuesto, en el descuento comercial de documentos el cliente sigue siendo igualmente deudor, ya que si no paga el librador de los documentos dados en descuento, el beneficiarlo del descuento será quien deba pagar.

Más aún, en el descuento de documentos de terceros, la operación se perfecciona mediante el endoso de los documentos involucrados a favor del banco, lo que forzosamente arrastra la solidaridad cambiaría del endosante manteniéndolo en calidad de codeudor de los documentos descontados. El endoso sin garantía resulta inadmisibles en la operación de descuento, pues implica su desnaturalización como tal.

Por el contrario, en el factoring financiero, una vez perfeccionado el contrato y transferidos los créditos vendidos, el factor nada puede reclamar en adelante a su cliente (salvo los supuestos de dolo, fraude, ardid o simulación), quien queda liberado de toda responsabilidad por la suerte de cada uno de los créditos transmitidos.

Siendo el factoring financiero una venta en firme de documentos negociables, el endoso de ellos debe ser “sin responsabilidad”; de lo contrario, se desnaturalizarían los alcances y efectos de la transmisión de los pertinentes créditos. Si la venta comprende créditos, transmisibles por cesión, deberá pactarse que el cedente no responde por imposibilidad de cobro del crédito transferido.

Si en el factoring financiero se admitiese la acción de reembolso contra el cliente cedente, se desnaturaliza la operatoria, pues así se asemeja al descuento bancario.

Dentro del desenvolvimiento del factoring financiero, es común que se mencionen dos variantes a saber, cuyos límites demarcatorios deben tenerse presente para no desnaturalizar la operatoria:

- **“Con recurso”** (el banco no asume la responsabilidad por las deudas cedidas) y
- **“Sin recurso”** (el banco asume ese riesgo de falta de pago).

Ergo, según sean los términos pactados, habrá una operación de descuento o una operación de factoring genuina. El condicionamiento del negocio a que sea “con recurso” o “sin recurso”, resulta vital, pues entra en juego un elemento tipificante.

Por último, procede señalar que el descuento solo abarca documentos negociables; el factoring tiene mayor campo de acción, al comprender créditos y documentos negociables.

7.2. “Con la cesión de crédito”.

Es indudable la manifiesta similitud entre ambos contratos, lo que no podía ser de otra manera, pues la cesión de créditos constituye la espina dorsal del factoring.

En la cesión de créditos impera el principio general que el cedente no garantiza la solvencia del deudor cedido. Pero esta regla puede ser marginada: el cedente puede asumir la garantía de solvencia del deudor cedido. Tal asunción, de tener lugar, se sustenta en el principio de la libertad de contratación que consagra las legislaciones de fondo. En la práctica, es muy común que se exija la garantía de insolvencia.

La asunción de la garantía de insolvencia configura una garantía de hecho sustentada en la necesidad de asegurar la eficacia económica del derecho transmitido.

Esta garantía de solvencia perfectamente admitida en el ámbito de la cesión de crédito, resulta improcedente en el factoraje financiero dado que la asunción del riesgo de insolvencia por parte de la entidad financiera es de la esencia y hace a la naturaleza de la operatoria de venta y adquisición de los créditos involucrados.

Por ende, resulta contradictorio que el cliente que vende sus créditos, se comprometa a responder por el importe de cada uno de los mismos, en el supuesto de insolvencia del respectivo deudor. La única garantía que admite el factoring financiero es de derecho y consiste en la garantía de evicción de cada uno de los créditos enajenados (art. 5º de la ley 6542 de factoraje).

En definitiva, la nota más distintiva entre la cesión de créditos y el factoraje financiero estriba en sus respectivas finalidades. En la cesión de

créditos, es intención del cedente tratar de ganar liquidez cediéndolo a bajo precio y el cesionario persigue lucrar con la diferencia existente entre los bajos precios que pagó a aquél y el importe nominal de los créditos cedidos. En el factoraje financiero los créditos nunca se ceden a bajo precio, sino a su valor nominal con la deducción pertinente en función de las tasas de interés que se haya acordado aplicar a la financiación.

Por si ello fuera poco, cabe resaltar que en el factoraje financiero la cesión de créditos cumple una simple función de *eslabón* entre todas y cada una de las etapas que integran el mecanismo de actuación de aquél negocio. Si bien la actividad del cliente como empresa forma parte de la base fáctica y subjetiva del negocio contractual que crea la situación vinculante, su resultado, o sea, los créditos que como consecuencia de tal actividad se constituyen a favor del cliente, simbolizan el valor patrimonial que configura el presupuesto de actuación de las partes, cada una de ellas en la respectiva posición jurídica que ocupan dentro de la situación nacida del contrato.

Por lo tanto, en el mismo punto de partida del presupuesto de actuación, existe una hipótesis abstracta: el nacimiento del crédito a favor del cliente. Sólo si éste se origina, puede llegar a funcionar todo el proceso jurídico que el factoring financiero encierra.

Pero hay algo más. El mero nacimiento del crédito es un ineludible presupuesto de hecho, pero no es el único necesario para la actuación, porque ya en el plano de la relación jurídica y en el encadenamiento de todo el proceso de actos jurídicos debidos, pueden fácilmente distinguirse dos fases perfectamente diferenciadas, a saber: una primera fase constituida por dos elementos esenciales como son la oferta de factorización y la facultad de aprobación; fase que es previa y necesaria para la siguiente; la segunda fase es la denominada factorización, en la cual el proceso económico-jurídico se completa.¹⁹

Ambas fases entran en la total y compleja relación jurídica obligatoria y son consecuencia del conjunto de derechos, deberes y facultades que cada una de las partes asume en el negocio.

La cesión de créditos puede constituir el punto de enlace de la primera etapa a la segunda, pero tiene un carácter meramente instrumental. Lo

¹⁹ ROCA GUILLAMÓN, Juan “El contrato de factoring y su regulación por el derecho privado español”, p. 49, editorial EDERSA, Madrid, España – Año 1.977.

trascendente de la relación de factoraje radica, no en la cesión de créditos, sino en la primera fase constituida por la oferta de factorización y la facultad de aprobación.²⁰

La efectividad de esta fase previa constituye el presupuesto de actuación del factoring financiero, lo que demuestra el rol que cumple la cesión de créditos como mero instrumento de desarrollo continuo de la operatoria.

Cada cesión de crédito no es objeto de negociación por sí sino la implementación de una cadena de cesiones ya negociadas, en el momento de celebrarse el contrato de factoring financiero.

8. Ventajas emergentes del negocio.

Las particularidades que caracterizan a la operatoria de factoring financiero, representan para la empresa beneficiaria, las ventajas siguientes:

8.1. Financiamiento de las ventas y servicios.

Mediante el factoring el cliente puede convertir sus ventas y servicios a crédito en operaciones al contado, a raíz del pago inmediato que realiza el banco por el hecho de adquirir los créditos provenientes de aquéllas.

Se favorece así la liquidez de las empresas que se valen del factoring, posibilitando el pronto pago a sus proveedores (con lo que se reducen los costos financieros) y la reposición inmediata de los “stocks” (con lo que se evita el incremento de los precios), todo lo cual resulta doblemente beneficioso desde el punto de vista económico.

En otros términos, el cliente puede contar con medios líquidos, de manera inmediata, sin correr el riesgo de la percepción de fondos a destiempo o en forma insuficiente. Ello le permite adaptar el flujo de tesorería a las necesidades operativas de cada momento.

8.2. Consolidación de los estados contables.

Se sostiene que el factoring mejora la presentación del balance de la empresa, debido a que el grado de liquidez de la tesorería se ve reforzado y a su vez, el índice de riesgo por mora o falta de pago de los deudores por

²⁰ ROCA GUILLAMÓN, Juan ob. cit., p. 50.

DOCTRINA

ventas (o servicios) resulta atenuado. Asimismo no se compromete la proyección de endeudamiento.

En el balance, el factoring puede verse fácilmente reflejado, al quedar sustituido el rubro “Créditos - Deudores por Ventas” por el rubro “Caja y Bancos” (menos costo de la financiación), que se verá así incrementado.

El siguiente cuadro comparativo, permite observar de qué manera se interrelacionan, las cuentas contables en las operaciones de préstamos y de factoraje.

Préstamo de
\$ 4.000.000:

- Incrementa ACTIVO: (Caja y Bancos).
- Incrementa PASIVO: (Deudas Financieras).

ACTIVO		PASIVO	
Activo corriente		Pasivo corriente	
- Caja y Bancos	\$ 6.000.000	- Deudas comerciales	\$ 6.000.000
- Créditos - Ventas	\$ 5.000.000	- Deudas sociales	\$ 2.000.000
- Bienes de cambio	\$ 4.000.000	- Deudas financieras	\$ 4.000.000
		(no registraba deuda financiera)	
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
- Bienes de uso	\$ 9.000.000	- Otras deudas	\$ 8.000.000
- Inversiones	\$ 1.000.000	Patrimonio Neto	
		- Capital y Reservas	\$ 5.000.000
TOTAL	\$ 22.500.000	TOTAL	\$ 22.500.000

Factoring de \$ 4.000.000:

- Disminuye ACTIVO: (Créditos por Ventas).
- No Incrementa PASIVO.

ACTIVO		PASIVO	
Activo corriente		Pasivo corriente	
- Caja y Bancos	\$ 6.000.000	- Deudas comerciales	\$ 6.000.000
- Créditos - Ventas	\$ 1.000.000	- Deudas sociales	\$ 2.000.000
(registraba \$ 500.000 en crédito a cobrar)		- Deudas financieras	\$ 0
- Bienes de cambio	\$ 4.000.000		
Activo no corriente		Pasivo no corriente	
- Bienes de uso	\$ 9.000.000	- Otras deudas	\$ 8.000.000
- Inversiones	\$ 1.000.000	Patrimonio Neto	
		- Capital y Reservas	\$ 5.000.000
TOTAL	\$ 22.100.000	TOTAL	\$ 22.100.000

Fácil resulta observar que recurriendo al factoring financiero, la Empresa mejora su liquidez y disminuye su mejorando así la exposición de su situación económica financiera.

8.3. Movilización de la cartera de deuda.

El factoring financiero permite la máxima movilización de los deudores. De este modo y como consecuencia de tal movilización, el cliente amiorará sus necesidades de recurrir al capital externo, lo que se traduce en una mejora de su índice de endeudamiento. Ello reporta un gran alivio financiero.

8.4. Anticipos de fondos.

Independientemente del financiamiento habitual emergente de los créditos cedidos, el cliente puede recibir anticipos de fondos sobre sus ventas o servicios futuros.

Dichos anticipos son cancelados por compensación al transferirse los créditos por las ventas o servicios realizados. El volumen operativo del cliente y su proyección futura constituye el sustrato fáctico de la decisión financiera de otorgar anticipos.

8.5. Información comercial.

Atento los archivos e informes más el conocimiento de la plaza que tienen los bancos y entidades financieras, el cliente puede contar con valiosa asistencia e información comercial para ser utilizada en una mejor gestión de sus negocios.

Incluso, el cliente puede llegar a contar con elementos de juicio serios y objetivos que lo induzcan a dejar de operar con ciertos y determinados deudores, con motivos de encontrarse atravesando dificultades o presentando escenarios adversos par su actividad futura.

8.6. Consolidación y expansión de la clientela.

La ductilidad del financiamiento que ofrece el factoring financiero permite al cliente beneficiario, en consenso con el factor, mejorar sus condiciones de venta a plazo, introducirse en nuevos mercados e, inclusive, intentar o incrementar sus exportaciones.

8.7. Racionalización de la empresa.

El factoring financiero configura un procedimiento operacional apto para descongestionar y aliviar la labor administrativa de la empresa asistida. En el supuesto que el banco decida ofrecer al cliente, además del financiamiento, hacerse cargo de la contabilidad de los deudores, el control de los créditos, los reclamos de las cuotas impagas y las cobranzas en general, como servicios complementarios, el cliente se desentendería de tales funciones, lo que le permitiría implementar internamente una adecuada división de sus tareas administrativas.

Lograría así una simplificación importante en su gestión administrativa y contable, con la correspondiente economía de costos. Por ejemplo, todos los deudores del cliente pueden llegar a ser reemplazados por un solo deudor: el banco.

8.8. Asesoramiento integral.

El banco también puede brindar, a solicitud del cliente, asesoramiento o indicaciones sobre la instrumentación de los créditos, en sus aspectos jurídicos, administrativos, contables e impositivos, así como toda otra

asistencia técnica que se encuentran relacionadas con las operaciones que integran el mecanismo funcional del factoring.

Por su parte, para la entidad financiera implica la posibilidad de realizar una gama operativa más de servicios financieros, con diversificación del riesgo de insolvencia que se ven minimizado, a la par de lograr un mejor conocimiento de la gestión del cliente al cual, incluso, se le puede asesorar orientando su actividad hacia una mayor eficiencia.

9. Margen crediticio y estructuración financiera de la empresa.

El factoraje cumple un rol jurídico-financiero trascendente en la planificación financiera de una empresa y en la fluidez de los recursos propios y de terceros utilizables en su derrotero comercial.

Son bien conocidas las normas reglamentarias que, generalmente dictan los bancos centrales en materia de fraccionamiento del riesgo en el otorgamiento de créditos, fijando relaciones técnicas máximas que en su mayoría giran alrededor de los parámetros siguientes:

- Concentración del riesgo, en función de la estructuración de las carteras de crédito.
- Límites operativos que se fijan, conforme el tipo de clientela de que se trate (banca comercial o banca personal).
- Graduación del crédito, según el análisis del patrimonio y la capacidad de pago del cliente.

Utilizando dichos parámetros, se fijan los topes máximos de asistencia crediticia para lo cual las entidades deben analizar el flujo de fondos de los solicitantes de crédito, a fin de ponderar la capacidad de repago de las amortizaciones de capital e intereses que correspondan a los créditos acordados.

Contestes con lo expuesto, el factoraje financiero presenta una peculiaridad trascendental en materia de financiamiento, ya que al sustentarse mecánicamente en la adquisición en firme de los créditos y documentos negociables objeto del pertinente contrato y en la transmisión de los títulos mediante endoso “sin garantía” o “sin retorno” o “sin responsabilidad”, no hay relación de endeudamiento entre el cliente receptor de la asistencia crediticia y la entidad financiera. Ergo, no resultan aplicables los límites de la asistencia crediticia que correspondan al mentado cliente.

El cliente vende sus créditos y, por ende, no asume deuda, tal como sucede si los descuenta. Por consiguiente, la decisión de financiamiento se toma en función de la solvencia y trayectoria de los deudores principales cedidos y no en función de la capacidad de pago del cliente beneficiario, por lo que su margen de crédito no se ve comprometido. El factoraje financiero, brinda mayor capacidad de asistencia crediticia en comparación con el descuento bancario.

Un mismo título de crédito negociable, puede ser canalizado obteniéndose mayor o menor financiación, según sea su encuadramiento operativo.

Ejemplo: Factura cambiaria con vencimiento de pago a los 180 días. Importe neto de la Factura cambiaria a pagar: \$g. 1.500.000.
--

Si se negocia por vía del “descuento bancario”, el título se transmite por endoso pleno, o sea, que el endosante es deudor de la entidad financiera, por la solidaridad cambiaria. Ergo, si su margen de crédito es de \$g. 1.000.000, no podrá obtener una asistencia crediticia superior a este límite.

Consecuentemente, habiendo ya utilizado parte de ese margen crediticio, no podrá descontar el documento o el descuento del mismo será por un importe mucho menor (por ejemplo, \$g. 80.000), por lo que se desaprovecha la utilidad financiera de ese activo financiero.

A su vez, el riesgo de insolvencia o falta de pago es soportado por el cliente y el deudor cedido, en forma solidaria, de modo que el cliente endosante puede ser demandado por el banco, conjuntamente con el librador en ejercicio de las acciones cambiarias directa (contra librador) y de la acción de regreso (contra endosante-cliente).

Contrariamente si se negocia por vía del “factoraje financiero”, el título se traspaşa “pro soluto” (el endoso es “sin garantía”), o sea, que el endosante no es deudor de la entidad financiera, lo que implica que su límite de endeudamiento se mantiene intacto. Esto significa que su margen de crédito no resulta afectado, lo que le permite obtener una asistencia financiera de \$g. 1.500.000 (importe del título). Esto es de vital importancia para la planificación financiera del cliente.

A su vez, el riesgo de insolvencia o falta de pago es soportado por el banco, quien no tiene acción contra el cliente. Solo puede reclamar al deudor

cedido, a quien previamente ha evaluado y seleccionado para la ulterior adquisición del título.

Diferencias prácticas en materia de financiamiento

Descuento Bancario	Factoring o Factoraje
Endoso común	Endoso “sin garantía”
Transmisión “pro solvendo”	Transmisión “pro soluto”
Se asume endeudamiento	No hay endeudamiento
No hay novación subjetiva	Hay novación subjetiva
Cliente afecta su margen de crédito	Cliente no afecta el margen de crédito
Se limita la asistencia crediticia	No se limita tal asistencia
Riesgo de solvencia es del cliente	Riesgo de solvencia es del deudor cedido

La asunción del riesgo de insolvencia configura el núcleo central del negocio, a la luz de la normativa reglamentaria sobre riesgo crediticio, que privilegia la atomización del mismo. Entre el factoraje financiero y el descuento bancario existe una línea divisoria, que en la práctica resulta muy fácil de confundir o de eludir (ya que generalmente se trata de utilizar las ventajas de una y otra modalidad de financiamiento).

Es importante tener presente que el otorgamiento de financiaciones a terceros no es exclusividad de los bancos y entidades financieras; puede hacerlo cualquier persona física o jurídica. Lo que si es exclusivo de aquellas, es la aptitud para captar recursos del público (depósitos de dinero y ahorros) para su ulterior canalización en préstamos o financiamientos.

En función de todo lo expuesto, procede aclarar que la operatoria de factoraje financiero puede ser desarrollada por cualquier empresa, entidad o institución no comprendida en la legislación bancaria, solo en la medida que afecten y utilicen recursos propios para las financiaciones que resulten otorgadas.

De allí el rol importante que tiene el factoraje financiero, en el ámbito de la financiación empresarial, si se tiene en cuenta la estructura financiera de la empresa determinada por la composición de las fuentes de financiación que derivan por los recursos de terceros (deudas) y los recursos propios (activos).

10. Tratamiento del factoraje en la legislación del Paraguay.

En diciembre de 2020, entró en vigencia en Paraguay, la ley N° 6542 denominada de “Factoraje, Factura cambiaria y Sistema electrónico de operaciones garantizadas”, tipificando el contrato de factoring en el ordenamiento legal paraguayo y articulando su funcionamiento en la plaza financiera local.²¹

Quedó así reconocido legalmente el contrato de factoring o de factoraje, como alternativa de financiación moderna, que permite a las empresas, (principalmente aquellas que categorizan como Pymes), utilizar este mecanismo de negociación financiera, para transformar en efectivo sus cuentas a cobrar; es decir y en otras palabras, a transformar las ventas realizadas a plazo por imposición de las condiciones operativas del mercado, en ventas de contado, a un costo financiero oportuno, consolidando sus perspectivas de liquidez para afrontar los compromisos cotidianos de toda compañía en funcionamiento y su situación financiera como su capacidad de pago obligacional.

Asimismo la ley mentada, apuntala la “factura cambiaria” como título de crédito por excelencia, llenando un vacío preexistente, con el objetivo de motorizar este instrumento de financiamiento, precisamente por su naturaleza cambiaria, facilitando su negociación y afirmando su fuerza ejecutiva para el reclamar su impago.

Aunque es preciso tener en cuenta que la fuerza ejecutiva es indirecta, ya que la factura cambiaria debe ser reconocida judicialmente, para lo cual es necesario iniciar el denominado procedimiento de preparación de vía ejecutiva. Reconocido judicialmente el instrumento, queda expedito el juicio ejecutivo.

Por último, para cercar el circuito operativo, la ley creó el Sistema Electrónico de Operaciones Garantizadas (SEOG), para la consulta pública con relación a las cesiones de crédito, que no se encuentran instrumentadas en títulos de crédito o cambiarios, o sea, documentos contractuales o convencionales.

Por último y para todo lo concerniente al funcionamiento del factoraje, la ley asigna al Banco Central del Paraguay (BCP), la potestad de re-

²¹ Anteriormente solo el Banco central del Paraguay, a través de la Resolución N° 1/2.009, intentó regular esta operatoria de financiación.

glamentar el funcionamiento de la operatoria con miras a agilizar la obtención de recursos por parte del empresariado, reforzar sus flujos de efectivo y supervisar el desarrollo en el sistema en su conjunto.

Sobre los alcances de la ley.

La referida ley define al factoraje como el negocio jurídico por el cual una persona cedente, cede total o parcialmente en venta o en administración, a otra persona, denominada factor o cesionario, los derechos de crédito pecuniarios provenientes de su actividad comercial o de prestación de servicios, a cambio de una retribución, ya sea, en forma de descuento proporcional sobre las sumas que le anticipe el factor, de una comisión o porcentaje sobre el importe de los créditos cedidos o cualquier otra prestación acordada entre las partes.

La norma, a mi criterio, resulta algo confusa, conforme la fisonomía del factoring o factoraje descripta al analizar la naturaleza del negocio financiero.

De la definición referida, procede ordenar sus alcances y diferencias operativas sobre el factoraje:

Por un lado, el factoraje financiero, en donde los créditos involucrados se ceden en “venta” (se transfiere la propiedad), por un precio cierto, consistente en la tasa de interés o de descuento aplicable, en función del importe de tales créditos. En esta modalidad, el riesgo de incobrabilidad lo asume el factor, ya que actúa en nombre propio y por cuenta propia.

Por el otro lado, el factoraje comercial, a través del cual los créditos se ceden “en administración” (no se transfiere la propiedad), a los fines de su cobranza, también por un precio cierto, pero de distinta naturaleza, pudiendo consistir en una comisión, una suma fija o una suma vinculada al éxito de la cobranza. En esta variante, el riesgo de incobrabilidad lo asume el cedente, puesto que el cesionario actúa en nombre y por cuenta ajena.

Sobre los créditos cesibles.

En principio pueden cederse todos los créditos presentes o futuros, siempre que se encuentren en el comercio y que sean determinables, salvo que una ley o una convención, prohíba expresamente su cesión.

A su vez, las cesiones de crédito en materia de factoraje pueden ser de carácter individual y/o en su conjunto, lo que posibilita adoptar como estructura del negocio de factoraje financiero, la negociación de diversos créditos nacidos y/o a nacer con más su cesión individual o global, originados o que van a originarse, como consecuencia de la actividad comercial del cliente que requiere ser asistido.

De modo tal, que generalmente existe una sola negociación que se plasma en el contrato de factoraje financiero y que comprendería un conjunto de créditos originados por la actividad del factoreado, durante un lapso de tiempo (por ejemplo, créditos por facturación durante el año 2022), de lo cual derivaría una pluralidad de cesiones, cuya implementación efectiva y su instrumentación, sucedería a medida que vayan naciendo los créditos comprometidos.

En función de lo expuesto, considero que el contrato de factoring financiero no es un “contrato preliminar” o un “precontrato” o una “oferta de factorización” o una “opción unilateral” a favor del cliente, como lo califican distintos autores.

Todo lo contrario, es un ***contrato principal***, síntesis de la negociación arribada entre las partes, para delinear un esquema de financiamiento continuo (con vocación de perdurabilidad), donde se plasman de antemano los derechos y obligaciones de cada parte y las reglas a que se someterán las mismas durante la vigencia de la relación. Configura el esqueleto y el cuerpo del negocio, en todos sus matices y vicisitudes.

Las cesiones individuales de los créditos financiables, son meros actos complementarios e instrumentales, a través de los cuales se va ejecutando el contrato de factoring financiero.

En definitiva, el negocio del factoring financiero se encuentra reflejado en el pertinente contrato; la ejecución del mismo, opera mediante las cesiones de los créditos seleccionados y financiables, siendo cada cesión no un negocio en sí mismo sino el vehículo operativo para hacer factible la financiación secuencial acordada entre las partes.

Sobre la base instrumental de los créditos a negociar y financiar.

Ahora bien, dado que la financiación se dinamiza a través de la transferencia de créditos a plazo originados en las ventas o prestaciones de servicios pertinentes, resulta vital la naturaleza de los instrumentos que los

contengan, en lo atinente a los alcances del derecho crediticio transferido y a los mecanismos judiciales de recupero, para el supuesto de falta de pago de cada crédito a su vencimiento.

En este sentido, los instrumentos crediticios pueden ser:

a) De naturaleza contractual.

Quedan comprendidos todos los contratos, en su concepción más amplia (convenios, carta-convenios, acuerdos, órdenes de compra o de suministro, adjudicaciones privadas o públicas, etc.) o equivalentes como así también su pertinente facturación.

En estas circunstancias, los derechos que se adquieren son derivados, es decir que el adquirente (factor) es pasible de soportar defensas personales o causales que pudieran ser invocadas por cada deudor cedido; el factor pasa a ocupar el mismo lugar que el cliente factoreado.

Consecuentemente, al vencimiento del crédito negociado, el importe del pago a percibir por la entidad financiera puede ser susceptible de deducciones o retenciones emergentes de los términos pactados en el contrato base del crédito transmitido (por ejemplo, multas por demora o retardo en la entrega de la mercadería vendida; flete a cargo del vendedor). O lo que es más grave aún, el contrato base puede prever limitaciones o prohibiciones para ceder el crédito emergente (por ejemplo, cláusulas de prohibición de ceder que frecuentemente contienen los pliegos de condiciones en licitaciones públicas).

En las cesiones contractuales, no hay cadena de obligados, ya que el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente.

b) De naturaleza cartular.

Quedan comprendidos los títulos de crédito o cambiarios (letras, pagarés, facturas de crédito, cheques de pago diferido), librados por el deudor en refuerzo de la obligación principal subyacente asumida con el factoreado, donde los derechos que se adquieren son autónomos (imposibilidad del deudor de invocar defensas personales o causales), la transmisión se lleva a cabo mediante endoso (que en rigor debe ser “sin responsabilidad”) y los títulos transmitidos revisten plena fuerza ejecutiva por su naturaleza cambiaria.

Por consiguiente, el importe a percibir por el factor al vencimiento del título, no puede ser pasible de deducción o retención alguna, en atención al principio de la literalidad que caracteriza a tales títulos.

DOCTRINA

En los endosos cambiarios, se forma una cadena de obligados, y los endosatarios se van acumulando, respondiendo todos ellos solidariamente.

Cuadro comparativo

<u>Créditos de naturaleza contractual</u>	<u>Créditos de naturaleza cambiaria</u>
Transmisión por cesión, sin pacto de garantía	Transmisión por endoso, sin responsabilidad
Adquisición de un derecho derivado	Adquisición de un derecho autónomo
Análisis intrínseco del contrato	Análisis extrínseco del título
Oponibilidad de defensas causales	Oponibilidad de defensas formales
Existe vínculo con deudor originario	Sin vínculo con deudor originario
Sustitución de cedentes	Acumulación de endosantes
Inexistencia de cadena de cesiones	Existencia de cadena de endosos
Oponibilidad a terceros mediante notificación	Oponibilidad a terceros por tenencia legítima
Mayores costos operativos	Menores costos operativos
Aforo	Sin aforo

Sobre la notificación a los deudores cedidos.

Es principio inveterado del derecho, que en materia de transmisión por venta o cesión de derechos pecuniarios, que realice su legítimo titular, la misma debe ser notificada al deudor cedido, de modo de causar el embargo del crédito a favor del cesionario y para que el deudor cedido sólo puede pagar válidamente a dicho cesionario.

El art. 9º de la ley de factoraje, ha seguido el rumbo del art. 528 del Código Civil del Paraguay, aunque más ampliamente, al admitir cualquier medio de comunicación del que pueda inferirse o que evidencie que el deudor cedido conocimiento de la cesión.

Tener presente que el factoraje financiero, comprende la negociación de carteras de crédito que implican cesiones globales de créditos, por lo que la rigurosidad formal en las notificaciones a cursar por cada cesión, conspira contra la facilitación de las operaciones, de modo que la ley aporta un mecanismo más conveniente que el tradicional.

La previsión legal en materia de la notificación exigida, se amolda a la práctica internacional, en la cual las facturas que emite el factoreado, a quiénes les vende o presta servicios, ya consigna que el crédito emergente de la misma, ha sido vendido y cedido a una institución financiera, ante la cual corresponderá abonar y cancelar la misma a su respectivo vencimiento.

Contestes con ello, la elasticidad de la ley especial en la materia, requiere que el respectivo contrato de factoraje contemple la forma y los procedimientos de notificación, dado que en ausencia de pacto al respecto, la notificación deberá efectivizarse mediante escribano público, telegrama colacionado o cualquier medio certificado o por correspondencia con debido acuse de recepción de los deudores cedidos.

Por su parte, la ley de la materia, contempla que para la oponibilidad de los contratos de factoraje ante los terceros, los mismos deben ser registrados en el registro especial del sistema electrónico de operaciones garantizadas (SEOG).

La registración tiene por única finalidad, dar a publicidad los contratos de factoraje que se van celebrando, de modo de brindar seguridad jurídica a las propias partes contratantes y a quiénes tuvieren un derecho o un interés legítimo.

Corolario.

La ley 6542 de Factoraje, constituye un aporte legislativo de suma relevancia, al tipificar y determinar los requisitos funcionales del Factoraje, cuya función primaria es otorgar liquidez a las empresas (principalmente Pymes), que pueden recurrir al mercado, solicitando financiación a corto plazo, mediante la venta de las cuentas a cobrar generadas por la comercialización de sus productos o servicios, a menores costos y más simple tramitación.

El Factoraje se erige bajo el nuevo régimen legal especial instaurado, en un instrumento idóneo para que las empresas vendan sus derechos de cobro de las ventas realizadas a plazo y sus facturas pendiente de cobro, a

DOCTRINA

las entidades bancarias y financieras, con el objetivo de poder disponer de capital líquido en forma inmediata.



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 800

Cuestión debatida: *En el presente fallo, la Sala Constitucional de la CSJ., rechazó la Acción de Inconstitucionalidad planteada contra resoluciones de la Municipalidad de Asunción, que hacen a la provisión, manipuleo, almacenamiento de combustibles líquidos y gaseosos, así como el funcionamiento de los locales destinados a su comercialización y actividades afines. El fundamento del rechazo consistió en que la persona jurídica promotora de la impugnación, no ha demostrado la afectación a un interés jurídico particular que sea suyo propio, vale decir que no ha justificado la existencia de la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria.*

Si bien la actora agrupa a firmas que se dedicarían a la distribución de combustibles, conforme a lo probado en autos, no se colige de éstos ni de ninguna otra constancia de autos que ella misma se dedique a tal actividad, por tanto carece de legitimación activa a los efectos de plantear la Acción.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Facultades de la Sala Constitucional. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Principios generales.

Cabe señalar que esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentra facultada a pronunciarse bajo el supuesto de un caso abstracto, desprovisto de un interés jurídico atendible. Es que el Art.

131 en concordancia con el Art. 132 de nuestra Constitución Nacional, establece que la Acción de Inconstitucionalidad será analizada con los alcances establecidos en la ley. Por su parte, el Art. 550 del C.P.C., reconoce que tendrán la facultad para promover la acción todas aquellas personas lesionadas en sus legítimos derechos por los actos normativos calificados como contrarios a los principios y garantías de rango constitucional. En el mismo sentido, el Art. 12 de la Ley 609/95, prescribe que las acciones ni siquiera deben admitirse cuando no se justifique la lesión concreta que el acto normativo causa a la parte promotora de la acción.

Todas aquellas disposiciones guardan coherencia con el Art. 260 numeral 1 de la C.N., toda vez que se requiere la existencia de un caso concreto sobre el cual, esta Corte, deba expedirse. Cabe destacar que para que exista el mencionado caso concreto, es condición necesaria que se demuestre, al menos liminarmente, la producción de aquella lesión referida en el punto 5. Sobre el particular, la doctrina nacional menciona que “...*Al haber impuesto el legislador la necesidad de acreditar la lesión concreta como presupuesto para que opere el control de constitucional, ha acentuado más aún la necesidad de que se presente un caso concreto y controvertido a los efectos de que la jurisdicción constitucional se active...*” (Torres Kirmser, J.R.; Fossati López, G. (2022). *La excepción de inconstitucionalidad y su relación sistemática con la consulta constitucional*. La Ley P. Asunción, Paraguay. Pág. 39).

Entonces, es la lesión -perjuicio o daño- que produce el acto atacado lo que determinará la existencia de un caso concreto y, por ende, demostrará la configuración no sólo del interés jurídico, sino de una verdadera legitimación para obrar en las acciones de inconstitucionalidad. Recordemos que la legitimación es un requisito “...*en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa)...*”. (Palacio, L.E. (2017). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 302).

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Facultades de la Sala Constitucional. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Principios generales. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. PERSONA. Persona Jurídica. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

No hay que perder de vista que tanto la legitimación para obrar como el interés jurídico, constituyen verdaderos presupuestos intrínsecos de admisibilidad de toda pretensión jurisdiccional. La operatividad propia de tales requisitos nos revela que su eventual incumplimiento traerá aparejado, necesariamente, el rechazo de la acción.

Por ende, lo que interesa, primeramente, es determinar si la parte impugnante cuenta con suficiente legitimación para obrar e interés procesal en esta acción, en cuyo caso, hay que dilucidar si el acto atacado lo lesiona -daña o perjudica- de alguna manera.

Tuvimos dicho que en el presente caso se nos plantea el estudio respecto de la validez material de un acto reglamentario, emanado de autoridad pública. Cabe destacar que dicho acto tiende -de cierto modo- a limitar el ejercicio de una actividad estrictamente comercial, cuál es, la explotación del expendio de Combustibles y afines. En efecto, cuando la norma establece que las nuevas Estaciones de Servicio y/o Gasolineras *no podrán* ubicarse dentro de un radio determinado respecto de otras, está imponiendo una prohibición normativa que afecta a la clase o categoría de personas que se dedican a dicho rubro.

Dentro de ese contexto, nos encontramos plenamente autorizados a concluir que la persona jurídica denominada como C. de D. P. de C. (C) carece por completo de legitimación e interés en la presente acción, por cuanto que la mentada limitación no afecta ni perjudica, en lo absoluto, sus derechos particulares. Esta premisa se explica a partir de los fines propios de la persona de la que se trata y -sobre todo- a la luz del principio de especialidad que impera sobre ella a tenor del Art. 118 última parte en concordancia con el Art. 96 del Código Civil Paraguayo.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Facultades de la Sala Constitucional. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Principios generales. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. PERSONA. Persona Jurídica. Estatutos. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Escritura Pública. Valor probatorio.

Es que el citado principio -en tanto y en cuanto refiere a los fines de la asociación- nos informa que “...*las personas jurídicas no pueden recibir derechos ni celebrar actos sino de acuerdo a su objeto, a sus fines...*” (Moreno Ruffinelli, J.A. (1.993). *Derecho Civil. Parte General. Personas*. Intercontinental. Asunción, Paraguay. Pág. 447).

En tal sentido, de una lectura a la copia autenticada de la Escritura Pública de constitución de la persona -que rola a fs. 28/30 de estos autos- se desprende que la impugnante es, en puridad, una Asociación, en su especie, con capacidad restringida. Como tal, no tiene ni puede tener finalidad lucrativa, en cuyo caso, es plausible concluir -sin mayor inconveniente- que no se dedica a la explotación comercial de cuya limitación mercantil aquí se trata. Eventualmente, sus asociados pudieran ejercer dicha actividad, empero, hay que tener en cuenta que la accionante es un sujeto de derechos distinto al de sus miembros a regla del Art. 118 -última parte- del Código Civil Paraguayo, en concordancia con el Art. 94 -primera parte- del invocado cuerpo legal.

En suma, la persona jurídica accionante, por imperio del principio de especialidad y conforme a su propia naturaleza jurídica, no puede quedar lesionada o afectada por el acto reglamentario dictado por la Municipalidad de Asunción, ya que conforme a los fines propios de la persona -Asociación- se sigue que no activa comercialmente dentro del mercado y, en específico, en el rubro afectado. Por lo tanto, queda visto que no cuenta con el interés ni la suficiente legitimación para obrar contra el acto impugnado.

Si bien, dentro de su correspondiente estatuto -Art. 04 inc. d)- se consigna que la C. de D. de C. (C) ejerce la representación y defensa de los intereses de sus asociados, sin embargo, aquella prerrogativa no puede exceder los límites propios establecidos para los fines no comerciales de la asociación, dado que, de lo contrario, no estaríamos ante una asociación -con capacidad restringida-, sino -en estricto derecho- ante una sociedad mercantil.

La doctrina ilustra de forma diáfana este extremo cuando menciona que “...*las asociaciones, contrariamente con lo que sucede con las sociedades,*

son siempre de carácter civil, dado que no tienen por objeto la satisfacción de intereses individuales derivados de la diferencia de los valores en cambio, lo que es propio de la actividad mercantil. No se concibe una asociación comercial, aun cuando el objeto sea la conjunción de intereses relacionados con la actividad mercantil...” (Jiménez Rolón, E. (2014). *La Asociación Inscripta con Capacidad Restringida*. Intercontinental. Asunción, Paraguay. Pág. 127).

Del mismo modo se tiene dicho que “...*La distinción en el Código Paraguayo entre sociedad y asociación está dado por la finalidad que persiguen los seres humanos que la forman. Quienes constituyen una asociación no persiguen finalidades económicas, sino de tipo político... Para un jurista latino la asociación es una agrupación de personas que no tiene finalidad económica, es decir, cuyas finalidades son desinteresadas, como la beneficencia, la política, la religión, la ciencia, el deporte, etc. Y la sociedad “es una agrupación de personas que ponen en común sus aportaciones con una finalidad de lucro”...*” (Villegas, C.G. (2012). *De las Sociedades Civiles y Comerciales en la Legislación P*. Asunción, Paraguay. Pág. 50, 51).

Tampoco es que la accionante -C- se presentó invocando, desde el punto de vista procesal, la representación de sus asociados -que constituyen personas distintas tal como lo hemos visto más arriba-, puesto que si ese fuere el caso, los titulares de la promoción serían éstos y no aquella persona jurídica. De todos modos, la demanda no fue postulada de esa manera, toda vez que el profesional del foro, Abogado Juan Emmanuel Martínez Sosa, acudió en representación y salvaguarda de los exclusivos intereses de la Asociación.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Facultades de la Sala Constitucional. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. Principios generales. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. PERSONA. Persona Jurídica. Estatutos. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Así pues, siguiendo la línea argumental desarrollada, voto por el rechazo de la esta acción, de conformidad a las normas constitucionales y legales citadas, que exigen para la accionante la presencia de suficiente legitimación e interés jurídico, con las implicancias propias que produce este tipo de pronunciamiento.

El hecho de que la presente acción es desestimada por ausencia de sendos requisitos intrínsecos de admisibilidad de la pretensión, no implica una suerte de contradicción con respecto al A.I. Nro. 251 del 23 de febrero de 2.021, ni conculcación alguna al principio de preclusión procesal. En efecto, todo magistrado se encuentra obligado al estudio de los requisitos aquí abordados, aun estando el proceso en estado de sentencia. Así lo enseña la doctrina al subrayar que “...*A fin de que la pretensión procesal satisfaga el objetivo tenido en mira por quien la deduce, el cual no puede ser otro que el pronunciamiento de una sentencia favorable al derecho invocado, aquélla debe reunir dos clases de requisitos: de admisibilidad y de fundabilidad...*” (Palacio, L.E. Ob. Cit. Pág. 295).

Es más, parte de la doctrina nacional entiende que los requisitos aquí examinados sólo deben ser abordados al momento del estudio del fondo del asunto, cuando se afirma que “...*el juzgamiento de esa lesión concreta que ocasiona la ley al accionante no puede ser hecho sino en la sentencia definitiva, después de substanciado el proceso...*” (Mendonca, J.C. (2.015). Código Procesal Civil. Comentado. Tomo IV. La Ley P. Asunción, Paraguay. Pág. 53).

Dado el sentido del presente voto -rechazo de la acción- corresponde, por lógica consecuencia, el levantamiento del estado de suspensión de los efectos del acto normativo, que fuera decretado por A.I. Nro. 252 del 23 de febrero de 2.021. Aunque pareciera una obviedad, dicha medida en la práctica no pudo, desde luego, ejecutarse, por cuanto que la Asociación, en puridad, no se dedica al comercio. No obstante, por razones que guardan relación con efectos propios de la decisión adoptada, estamos obligados a decretar dicho levantamiento.

Por lo tanto, voto por desestimar esta acción de inconstitucionalidad promovida por la Asociación con capacidad restringida denominada C. de D. P. S. de C. (C) contra el Art. 10 inc. a) de la Ordenanza Municipal Nro. 07/11, así como por el levantamiento del estado de suspensión de dicha normativa porque hay ausencia de legitimación e interés jurídico tutelable.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad. Facultades de la Sala Constitucional.

En efecto, se debe recordar los requisitos formales de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad descriptos en el artículo 550 del Código

Procesal Civil que establece: “*PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN Y JUEZ COMPETENTE.- Toda persona lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, los principios o normas de la constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este Capítulo.*”

Por ello, individualizada la norma conculcada resulta oportuno analizar los daños reales y determinar de manera fehaciente el perjuicio irreparable causado por la efectiva aplicación de la disposición citada, y recordemos que la norma procesal exige como primer requisito de admisibilidad la existencia de un agravio concreto sufrido por la actora, pues en realidad lo que está pidiendo no es otra cosa que la concesión de una postura privilegiada con respecto a la ley y frente a los demás, extremo que como es lógico ya, debe ampararse en una motivación más que eficiente y valedera.

A la luz del artículo 550 del C.P.C. y que hace a este análisis es la que surge de la frase “*lesionada en sus legítimos derechos*”. Como se viene señalando, la lesión por propia disposición legal debe existir, nótese que no exige el texto una lesión futura, eventual, posible, probable o tan siquiera inminente, la conjugación pretérita nos presenta la necesidad de un hecho ya enteramente consumado sin duda alguna, ahora bien, ello no impide lógicamente que en el caso de actos que tengan un efecto digamos de “*tracto sucesivo*” el agravio no pueda entenderse como configurado, basta con que los efectos de la disposición hayan iniciado ya un perjuicio a quien pretende el cese de su aplicación. No es dable movilizar la maquinaria judicial de manera previa o ante el temor de ser alcanzados efectivamente por alguna disposición legal.

En la acción el daño deberá emerger –y ser comprobado– directamente como consecuencia o efecto del acto normativo impugnado, no previendo como viable la norma una situación futura. En el caso de autos no se ha acreditado, además de la legitimación, que la afectación de la restricción se haya aplicado a la accionante, pues no probó que se encuentre en trámites la construcción de una nueva estación de servicio o gasolinera a la cual le afecte la distancia mínima de 1000 metros y, por tanto, la denegación de la misma por parte de la Municipalidad de Asunción fundada en la Ordenanza impugnada.

C.S.J. SALA CONSTITUCIONAL 23/12/2.022 “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD promovida por C. y otros O.M. N° 50/92, 117/99, 06/2.002, y 71/03” (Ac. y Sent. N° 800).

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

CUESTION:

¿Es procedente la Acción de Inconstitucionalidad deducida?.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Ríos Ojeda, Diesel Junghanns y Fretes.

A la cuestión planteada el Doctor RÍOS OJEDA dijo:

1.- Se presenta ante esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la persona jurídica denominada como C. de D. P. de C. (C), quien, por medio de su representante convencional -Abogado Juan Emmanuel Martínez Sosa- promueve acción de inconstitucionalidad contra el Art. 10 inciso a) de la Ordenanza Municipal Nro. 7/11 de fecha 20 de abril de 2011, dictada por la Municipalidad de Asunción, y “Que sustituye las Ordenanzas Nos. 50/92, 117/99, 06/2002, y 71/03 Sobre la provisión, manipuleo, almacenamiento de combustibles, líquidos y gaseosos, así como el funcionamiento de los locales, destinados a su comercialización y actividades afines.

2.- Sostiene la parte accionante que el acto reglamentario, objeto de impugnación, conculca derechos y principios constitucionales, según dice, los Artículos: 09 -segunda parte- De la Libertad y Seguridad de las Personas; 46 De la Igualdad de las Personas; 86 Del Derecho al Trabajo; 107 De la Libertad de Concurrencia; 137 De la Supremacía de la Constitución. Al desarrollar sus argumentos, hizo alusión, entre otras cuestiones, al hecho de que la intervención de la Municipalidad consagró un oligopolio de hecho, proscribiendo de esa manera la libre competencia y concurrencia dentro del mercado. Indicó que la ordenanza conculca, además del principio de libre concurrencia, los derechos de los consumidores de elegir los productos y servicios a su elección, en cuyo caso, no se preserva un interés general, sino todo lo contrario. Refirió que no existe ningún apoyo científico o estudio con rigor técnico competente que otorgue solvencia a la reglamentación dispuesta y -en ese sentido- argumentó que la explotación comercial de las estaciones de servicio no afecta ni la seguridad ni el medio ambiente, enfatizando que dicha actividad es un negocio lícito.

3.- La Fiscalía General de la República dictaminó en favor del rechazo de la presente acción bajo el argumento de que la parte accionante, en este

caso, la persona jurídica denominada C. de D. P. de C. (C), no cumple con el requisito que exige la presencia de una lesión concreta a efectos de promover la acción de inconstitucionalidad.

4.- Se nos plantea, pues, el análisis sobre la constitucionalidad o no del Art. 10 inciso a) de la Ordenanza Municipal 07/11. Ahora bien, para poder abordar el estudio de los fundamentos que pretenden dar sustento a esta acción -juicio de fundabilidad- es menester, tal como lo refiere el Ministerio Público, que se configure una lesión concreta. En suma, debe existir un interés jurídico tutelable para el reclamante, por cuanto que, de lo contrario, la cuestión que se propone se torna abstracta o meramente dogmática.

5.- Cabe señalar que esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentra facultada a pronunciarse bajo el supuesto de un caso abstracto, desprovisto de un interés jurídico atendible. Es que el Art. 131 en concordancia con el Art. 132 de nuestra Constitución Nacional, establece que la Acción de Inconstitucionalidad será analizada con los alcances establecidos en la ley. Por su parte, el Art. 550 del C.P.C., reconoce que tendrán la facultad para promover la acción todas aquellas personas lesionadas en sus legítimos derechos por los actos normativos calificados como contrarios a los principios y garantías de rango constitucional. En el mismo sentido, el Art. 12 de la Ley 609/95, prescribe que las acciones ni siquiera deben admitirse cuando no se justifique la lesión concreta que el acto normativo causa a la parte promotora de la acción.

6.- Todas aquellas disposiciones guardan coherencia con el Art. 260 numeral 1 de la C.N., toda vez que se requiere la existencia de un caso concreto sobre el cual, esta Corte, deba expedirse. Cabe destacar que para que exista el mencionado caso concreto, es condición necesaria que se demuestre, al menos liminarmente, la producción de aquella lesión referida en el punto 5. Sobre el particular, la doctrina nacional menciona que “...*Al haber impuesto el legislador la necesidad de acreditar la lesión concreta como presupuesto para que opere el control de constitucional, ha acentuado más aún la necesidad de que se presente un caso concreto y controvertido a los efectos de que la jurisdicción constitucional se active...*” (Torres Kirmser, J.R.; Fosatti López, G. (2.022). *La excepción de inconstitucionalidad y su relación sistemática con la consulta constitucional*. La Ley P. Asunción, Paraguay. Pág. 39.-).

7.- Entonces, es la lesión -perjuicio o daño- que produce el acto atacado lo que determinará la existencia de un caso concreto y, por ende, demostrará la configuración no sólo del interés jurídico, sino de una verdadera legitimación para obrar en las acciones de inconstitucionalidad. Recordemos que la legitimación es un requisito “...*en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa)*...” (Palacio, L.E. (2.017). *Derecho Procesal Civil. Tomo I.* Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 302).

8.- No hay que perder de vista que tanto la legitimación para obrar como el interés jurídico, constituyen verdaderos presupuestos intrínsecos de admisibilidad de toda pretensión jurisdiccional. La operatividad propia de tales requisitos nos revela que su eventual incumplimiento traerá aparejado, necesariamente, el rechazo de la acción.

9.- Por ende, lo que interesa, primeramente, es determinar si la parte impugnante cuenta con suficiente legitimación para obrar e interés procesal en esta acción, en cuyo caso, hay que dilucidar si el acto atacado lo lesiona -daña o perjudica- de alguna manera.

10.- Tuvimos dicho que en el presente caso se nos plantea el estudio respecto de la validez material de un acto reglamentario, emanado de autoridad pública. Cabe destacar que dicho acto tiende -de cierto modo- a limitar el ejercicio de una actividad estrictamente comercial, cuál es, la explotación del expendio de Combustibles y afines. En efecto, cuando la norma establece que las nuevas Estaciones de Servicio y/o Gasolineras *no podrán* ubicarse dentro de un radio determinado respecto de otras, está imponiendo una prohibición normativa que afecta a la clase o categoría de personas que se dedican a dicho rubro.

11.- Dentro de ese contexto, nos encontramos plenamente autorizados a concluir que la persona jurídica denominada como C. de D. P. de C. (C) carece por completo de legitimación e interés en la presente acción, por cuanto que la mentada limitación no afecta ni perjudica, en lo absoluto, sus derechos particulares. Esta premisa se explica a partir de los fines propios de la persona de la que se trata y -sobre todo- a la luz del principio de especialidad que impera sobre ella a tenor del Art. 118 última parte en concordancia con el Art. 96 del Código Civil Paraguayo.

12.- Es que el citado principio -en tanto y en cuanto refiere a los fines de la asociación- nos informa que “...*las personas jurídicas no pueden recibir*

derechos ni celebrar actos sino de acuerdo a su objeto, a sus fines...”(Moreno Ruffinelli, J.A. (1993). *Derecho Civil. Parte General. Personas*. Intercontinental. Asunción, Paraguay. Pág. 447).

13.- En tal sentido, de una lectura a la copia autenticada de la Escritura Pública de constitución de la persona -que rola a fs. 28/30 de estos autos- se desprende que la impugnante es, en puridad, una Asociación, en su especie, con capacidad restringida. Como tal, no tiene ni puede tener finalidad lucrativa, en cuyo caso, es plausible concluir -sin mayor inconveniente- que no se dedica a la explotación comercial de cuya limitación mercantil aquí se trata. Eventualmente, sus asociados pudieran ejercer dicha actividad, empero, hay que tener en cuenta que la accionante es un sujeto de derechos distinto al de sus miembros a regla del Art. 118 -última parte- del Código Civil Paraguayo, en concordancia con el Art. 94 -primera parte- del invocado cuerpo legal.

14.- En suma, la persona jurídica accionante, por imperio del principio de especialidad y conforme a su propia naturaleza jurídica, no puede quedar lesionada o afectada por el acto reglamentario dictado por la Municipalidad de Asunción, ya que conforme a los fines propios de la persona -Asociación- se sigue que no activa comercialmente dentro del mercado y, en específico, en el rubro afectado. Por lo tanto, queda visto que no cuenta con el interés ni la suficiente legitimación para obrar contra el acto impugnado.

15.- Si bien, dentro de su correspondiente estatuto -Art. 04 inc. d)- se consigna que la C. de D. de C. (C) ejerce la representación y defensa de los intereses de sus asociados, sin embargo, aquella prerrogativa no puede exceder los límites propios establecidos para los fines no comerciales de la asociación, dado que, de lo contrario, no estaríamos ante una asociación -con capacidad restringida-, sino -en estricto derecho- ante una sociedad mercantil.

16.- La doctrina ilustra de forma diáfana este extremo cuando menciona que “...las asociaciones, contrariamente con lo que sucede con las sociedades, son siempre de carácter civil, dado que no tienen por objeto la satisfacción de intereses individuales derivados de la diferencia de los valores en cambio, lo que es propio de la actividad mercantil. No se concibe una asociación comercial, aun cuando el objeto sea la conjunción de intereses relacionados con la actividad mercantil...” (Jiménez Rolón, E. (2014). *La Asociación Inscripta con Capacidad Restringida*. Intercontinental. Asunción, Paraguay. Pág. 127).

17.- Del mismo modo se tiene dicho que “...*La distinción en el Código Paraguayo entre sociedad y asociación está dado por la finalidad que persiguen los seres humanos que la forman. Quienes constituyen una asociación no persiguen finalidades económicas, sino de tipo político... Para un jurista latino la asociación es una agrupación de personas que no tiene finalidad económica, es decir, cuyas finalidades son desinteresadas, como la beneficencia, la política, la religión, la ciencia, el deporte, etc. Y la sociedad “es una agrupación de personas que ponen en común sus aportaciones con una finalidad de lucro”...*” (Villegas, C.G. (2012). *De las Sociedades Civiles y Comerciales en la Legislación P.* Asunción, Paraguay. Pág. 50, 51).

18.- Tampoco es que la accionante -C- se presentó invocando, desde el punto de vista procesal, la representación de sus asociados -que constituyen personas distintas tal como lo hemos visto más arriba-, puesto que si ese fuere el caso, los titulares de la promoción serían éstos y no aquella persona jurídica. De todos modos, la demanda no fue postulada de esa manera, toda vez que el profesional del foro, Abogado Juan Emmanuel Martínez Sosa, acudió en representación y salvaguarda de los exclusivos intereses de la Asociación.

19.- Es que el poder otorgado fue conferido en esos términos y con ese alcance. En efecto, dicho instrumento refiere que “...*confieren PODER ESPECIAL, a favor del Abogado J E. M. S., con Cédula de Identidad N°, y Matrícula Profesional C.S.J. N°, para que actuando en nombre y representación de la “C DE D PS DE C (C)”, promueva una acción de inconstitucionalidad contra el CAPÍTULO II, COMPONENTE URBANÍSTICO. Art. 10, numeral a).. de la Ordenanza Municipal N° 7/11...*” (Sic. Ver fs. 06 y vuelto. Los resaltados son míos). Si bien, los antecedentes del poder pudieran dar cuenta de que los asociados han consentido en acto asambleario otorgar un mandato para que se ejerza la representación de estos -asociados-, sin embargo, dicha amplitud no se plasmó en la parte pertinente del instrumento, esto es, donde expresamente se confiere el mandato. Este extremo se corrobora con la transcripción efectuada y la instrumental que obra en autos.

20.- Tampoco hay que perder de vista que la intervención -reglamentación- municipal impugnada, podría reportar una afectación de intereses estrictamente particulares, en cuyo caso, son los afectados directos quienes deben ocurrir a plantear el reclamo correspondiente atendiendo a los efectos propios de un pronunciamiento como el pretendido, esto, a la luz del Art. 260 numeral 1 última parte de la C.N.

21.- De esta manera resulta visto que no hay una lesión concreta para la parte accionante puesto que, primero, no gira dentro del mercado ni opera comercialmente dentro de la actividad de explotación de estaciones de servicio o gasolineras -debido a que su fin social no es ese-, y segundo, la actividad que se afecta es de carácter comercial y de estricto interés particular. Atendiendo a estas circunstancias, considero que no hay legitimación activa sustancial ni interés procesal en la presente acción, en cuyo caso, no se configuran sendos requisitos intrínsecos de procedencia de la acción.

22.- Así pues, siguiendo la línea argumental desarrollada, voto por el rechazo de la esta acción, de conformidad a las normas constitucionales y legales citadas, que exigen para la accionante la presencia de suficiente legitimación e interés jurídico, con las implicancias propias que produce este tipo de pronunciamiento.

23.- El hecho de que la presente acción es desestimada por ausencia de sendos requisitos intrínsecos de admisibilidad de la pretensión, no implica una suerte de contradicción con respecto al A.I. Nro. 251 del 23 de febrero de 2021, ni conculcación alguna al principio de preclusión procesal. En efecto, todo magistrado se encuentra obligado al estudio de los requisitos aquí abordados, aun estando el proceso en estado de sentencia. Así lo enseña la doctrina al subrayar que “...*A fin de que la pretensión procesal satisfaga el objetivo tenido en mira por quien la deduce, el cual no puede ser otro que el pronunciamiento de una sentencia favorable al derecho invocado, aquélla debe reunir dos clases de requisitos: de admisibilidad y de fundabilidad...*” (Palacio, L.E. Ob. Cit. Pág. 295).

24.- Es más, parte de la doctrina nacional entiende que los requisitos aquí examinados sólo deben ser abordados al momento del estudio del fondo del asunto, cuando se afirma que “...*el juzgamiento de esa lesión concreta que ocasiona la ley al accionante no puede ser hecho sino en la sentencia definitiva, después de substanciado el proceso...*” (Mendonca, J.C. (2015). Código Procesal Civil. Comentado. Tomo IV. La Ley P. Asunción, Paraguay. Pág. 53).

25.- Dado el sentido del presente voto -rechazo de la acción- corresponde, por lógica consecuencia, el levantamiento del estado de suspensión de los efectos del acto normativo, que fuera decretado por A.I. Nro. 252 del 23 de febrero de 2021. Aunque pareciera una obviedad, dicha medida en la práctica no pudo, desde luego, ejecutarse, por cuanto que la Asociación, en puridad, no se dedica al comercio. No obstante, por razones que guardan

relación con efectos propios de la decisión adoptada, estamos obligados a decretar dicho levantamiento.

26.- Por lo tanto, voto por desestimar esta acción de inconstitucionalidad promovida por la Asociación con capacidad restringida denominada C. de D. P. de C. (C) contra el Art. 10 inc. a) de la Ordenanza Municipal Nro. 07/11, así como por el levantamiento del estado de suspensión de dicha normativa porque hay ausencia de legitimación e interés jurídico tutelable. Es mi voto.

A su turno el Doctor DIÉSEL JUNGHANNS dijo: Remitiéndome, *brevitatis causae*, al sumario del planteo de la acción promovida y su devenir procesal, que realizara el distinguido Ministro preopinante, debo adelantar que me adhiero a su voto por el rechazo de la acción pues, efectivamente, la persona Jurídica promotora de la impugnación no ha demostrado la afectación a un interés jurídico particular que se sea SUYO propio, vale decir que no ha justificado la existencia de - al decir del artículo 11 de la ley 609/1995 – “...a lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria...”

Si bien la actora, como Cámara, agrupa a firmas que se dedicarían a la distribución de combustible, según reza su estatuto agregado al expediente de esta causa, no se colige de éstos ni de ninguna otra constancia de autos que ella misma (C.D.D P.S DE C. - C.) se dedique a tal actividad.

Cabe precisar, al respecto de la promoción de la acción, que el profesional Abogado que se ha presentado a hacerlo, expresó que actuaba “...en nombre y representación de la C.D.E D. P.D.E. C. (C), con domicilio real de la misma en la casa de la calle Nuestra Señora del Carmen N° de esta capital, constituida por las siguientes firmas:...”, constando el testimonio del poder especial invocado en cuya escritura la Escribana Pública autorizante dio fe de que los comparecientes (J. J.Y. y M. A. B. U.) en representación de dicha otorgaron un poder especial al Abogado Juan Emmanuel Martínez Sosa para que actuando <<...en nombre y representación de la “C.D P. DE C. (C) promueva una acción de inconstitucionalidad...>> (el resaltado es nuestro). Si bien son aludidas y mencionadas las firmas que constituyeron la Cámara, en modo alguno puede entenderse o considerarse que la acción se instó en nombre de aquellas constituyentes de la cámara.

Careciendo entonces - la actora: C.D. D. P.S. DE C. C. - de legitimación activa, un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma atacada (Ordenanza Municipal de Asunción N° 7/11)

sería en abstracto lo que no condice con el sistema de control de constitucionalidad diseñado en nuestra Carta Magna y desarrollado en el Código Procesal Civil y la Ley 609/1.995, siendo entonces inexorable el rechazo de la acción.

En relación a la medida cautelar que fuera decretada, resuelta como fuere la causa, corresponde su levantamiento, con efecto ex nunc. ES MI VOTO.

A su turno el Doctor FRETES dijo: Si bien, coincido con el ministro preopinante en el sentido de rechazar la acción debo hacer algunas precisiones al respecto. Sostiene la accionante que la C.D. D. P. D. C. (C) aglutina a diversas empresas dedicadas a la provisión de gasolina y servicios conexos. En ese sentido, cuentan actualmente con aproximadamente el 38% de participación en el mercado y con intenciones de expandir sus negocios. Alegan que la Ordenanza N° 07/11 dictada por la Municipalidad de Asunción es inaplicable por ser inconstitucional, a razón de que la imposición de distancias entre emblemas contraviene los preceptos constitucionales de libertad de concurrencia, igualdad, derecho al trabajo entre otros.

Comenzando el estudio correspondiente del caso que nos ocupa se vislumbra que la ordenanza municipal impugnada tiene por objeto establecer normas para la instalación de estaciones de servicios, la comercialización de C. y a la regulación del funcionamiento de los nuevos locales como los ya existentes dentro de todo el territorio nacional.

Antes de pasar a analizar las alegaciones del accionante respecto a la disposición impugnada, corresponde la verificación de los requisitos procesales que hacen a la viabilidad de la presente acción.

Conviene recordar, primeramente, las disposiciones que rigen y guardan relación con la acción de inconstitucionalidad, las cuales son: la Constitución Nacional en su artículo 132, el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 550 y siguientes; y su complementación en la Ley N° 609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia” en los artículos 11 y 12, de los cuales emergen los requisitos necesarios para la viabilidad de este tipo de acciones que son: a) la individualización del acto normativo de autoridad, aquél de carácter general o particular, señalado como contrario a disposiciones constitucionales; b) la especificación del precepto de rango constitucional que se entienda como vulnerado y c) en lo que hace a la fundamentación de la acción, la demostración suficiente y eficiente de agravios que irán a constituirse en el eje central de la justificación de la inaplicabilidad.

En este sentido, de la lectura del escrito promocional de esta acción, se advierte que la misma no reúne los requisitos legales exigidos para enervar la validez de la disposición que ataca de inconstitucionalidad.

En efecto, se debe recordar los requisitos formales de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad descriptos en el artículo 550 del Código Procesal Civil que establece: “*PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN Y JUEZ COMPETENTE.- Toda persona lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, los principios o normas de la constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este Capítulo.*”

Por ello, individualizada la norma conculcada resulta oportuno analizar los daños reales y determinar de manera fehaciente el perjuicio irreparable causado por la efectiva aplicación de la disposición citada, y recordemos que la norma procesal exige como primer requisito de admisibilidad la existencia de un agravio concreto sufrido por la actora, pues en realidad lo que está pidiendo no es otra cosa que la concesión de una postura privilegiada con respecto a la ley y frente a los demás, extremo que como es lógico ya, debe ampararse en una motivación más que eficiente y valedera.

A la luz del artículo 550 del C.P.C. y que hace a este análisis es la que surge de la frase “*lesionada en sus legítimos derechos*”. Como se viene señalando, la lesión por propia disposición legal debe existir, nótese que no exige el texto una lesión futura, eventual, posible, probable o tan siquiera inminente, la conjugación pretérita nos presenta la necesidad de un hecho ya enteramente consumado sin duda alguna, ahora bien, ello no impide lógicamente que en el caso de actos que tengan un efecto digamos de “*tracto sucesivo*” el agravio no pueda entenderse como configurado, basta con que los efectos de la disposición hayan iniciado ya un perjuicio a quien pretende el cese de su aplicación. No es dable movilizar la maquinaria judicial de manera previa o ante el temor de ser alcanzados efectivamente por alguna disposición legal.

En la acción el daño deberá emerger —y ser comprobado— directamente como consecuencia o efecto del acto normativo impugnado, no previendo como viable la norma una situación futura. En el caso de autos no se ha acreditado, además de la legitimación, que la afectación de la restricción se haya aplicado a la accionante, pues no probó que se encuentre en trámites

la construcción de una nueva estación de servicio o gasolinera a la cual le afecte la distancia mínima de 1000 metros y, por tanto, la denegación de la misma por parte de la Municipalidad de Asunción fundada en la Ordenanza impugnada.

En doctrina el constitucionalista Néstor Pedro Sagües *mutatis mutandi* expone que: “Sabido es, dentro de la economía del recurso extraordinario, que no se lo destina para resolver consultas, ni para discutir “cuestiones abstractas”, sino para impugnar decisiones que produzcan agravios atendibles. En resumen, la inexistencia de agravios cancela la competencia de la Corte Suprema, a los fines del recurso extraordinario” y agrega “No cualquier agravio o perjuicio, conviene advertirlo, es reparable por medio del recurso extraordinario. El “agravio atendible” por esta vía excluye la consideración de ciertos perjuicios, como los inciertos, los derivados de la propia conducta del recurrente, o los ajenos al promotor del recurso”.

La Corte Suprema de Justicia no se ha mostrado renuente a la adopción del pensamiento jurídico en cuestión, habiéndose pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido señalado, así “La acción de inconstitucionalidad no puede tener por finalidad una decisión en abstracto, ni puede ser promovida por terceros que aleguen intereses ajenos” y agrega “el titular del derecho lesionado debe demostrar de manera fehaciente su legitimación para la promoción de la acción de inconstitucionalidad, y su interés debe surgir de manera clara y constituye un requisito habilitante necesario la demostración del gravamen o perjuicio que afecta a ese interés, pues de otro modo no existiría una relación directa que amerite el estudio de la cuestión introductoria con la acción” (Ac y Sent. 91, 14/03/2005).

En esta misma idea se ha pronunciado aún más específicamente al manifestar que “La impugnación por la vía de la inconstitucionalidad de una norma, debe plantearse haciendo análisis y aportando argumentaciones consistentes en relación con la afectación o lesión directa, concreta o visible derivada de la aplicación de la misma, ya que por medio de esta vía legal y de efecto concreto se intenta depurar el ordenamiento jurídico, logrando la ecuanimidad y el equilibrio en el impacto de aplicación de las normas a la sociedad” (Ac. y Sent. 836) 22/09/2005.

Por todo lo expuesto, surge claramente que la accionante no ha probado fehacientemente que la Ordenanza N° 07/11 dictada por la Municipalidad de Asunción le genere un agravio propio, concreto y actual a sus derechos constitucionales, por no haber acreditado —cuanto menos— el inicio de

JURISPRUDENCIA

los trámites del proceso de construcción de una gasolinera dentro de la restricción del 1000 mts. previsto en la norma atacada y que ésta (la construcción) haya sido rechazada en virtud a lo dispuesto en la norma considerada inconstitucional.

En atención a lo precedentemente expuesto, a las disposiciones legales citadas y visto el parecer del Ministerio Público, considero que debe ser rechazada la presente acción. Así mismo, se debe disponer el levantamiento de la medida de suspensión ordenada por A.I. N° 252 de fecha 23 de febrero de 2021. ES MI VOTO.

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

SENTENCIA NÚMERO 800

Asunción, 23 de diciembre de 2022.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida el Abogado J. E. M.S., en nombre y representación de la firma C. de D. P. de C. (C).

ORDENAR el levantamiento de la medida de suspensión de efectos dispuesta por el A.I. N° 252 de fecha 23 de febrero de 2021.

ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros Dr. Víctor Ríos Ojeda, Dr. Cesar Diesel Junghanns, y Dr. Antonio Fretes.

Ante mí: Abogado Julio Pavón Martínez, Secretario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 614

Cuestión debatida: *En el presente fallo dictado por la Sala Constitucional, se analizaron los agravios expuestos por la parte accionante en la Acción de inconstitucionalidad planteada contra el art. 308 numeral 1 primera parte del Decreto N° 2.436/14; referido a la limitación que dispone la reglamentación a la utilización de depósitos de la Petrolera Estatal, para el aprovisionamiento de naves de viaje internacional, prevista en el artículo 308 del Decreto N° 2.436/14.*

En el presente caso, la cuestión a dilucidar consistió en determinar si; el texto del decreto impugnado es contradictorio con el texto y espíritu de los tratados suscriptos por la República del Paraguay; y en su caso si existe una contraposición entre estos ordenamientos jurídicos, y determinar si existe una violación del art. 137 de la Constitución Nacional, que establece el orden de prelación del derecho positivo nacional.

En la resolución dictada se concluye que efectivamente el acto normativo impugnado, contraviene disposiciones constitucionales, por lo que consecuentemente resolvieron hacer lugar a la Acción de inconstitucionalidad y declarar la inaplicabilidad del Artículo 308 Num. 1 del Decreto N° 2.436/14 a la firma accionante.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Aplicación de Tratados Internacionales. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. Principios generales.

Al contrastar la legislación nacional e internacional transcritas con el acto administrativo impugnado, surge la notable divergencia en cuanto a la regulación sobre “igualdad de oportunidades”, “libre concurrencia” y “control aduanero” expresamente previstos en nuestra legislación. Es notorio que el Decreto impugnado no se mantiene dentro de los márgenes que la legislación previene, en desobediencia al principio de legalidad, principio fundamental en la Administración Pública, que exige que todo ejercicio del poder público sea realizado conforme a la ley vigente, en resguardo a la “seguridad jurídica”. Por lo que advierto la total arbitrariedad de la normativa impugnada que peca de inconstitucional al vulnerar el orden prelativo establecido en nuestra propia Constitución (Artículo 137).

Es de entender que todo acto administrativo es una ordenación promotora del bien común, cuya misión y finalidad esencial es la de satisfacer el interés público. Por tanto, la Administración tiene prohibido incurrir en “diferencias arbitrarias” violando derechos fundamentales como la igualdad y la libertad, más aún cuando en ellas deban encuadrarse el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.

El acto administrativo impugnado no comulga con la obligación del Estado de promover las condiciones y crear mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio. La libre iniciativa de los agentes económicos debe pues realizarse dentro de un marco de igualdad de oportunidades, preservando la justicia individual dentro de la actividad económica.

Así las cosas, no queda más que advertir la falta total de sustento legal, por parte del Decreto impugnado, cuya regulación contempla facultades que la ley no previene, delegando a P. el abastecimiento de combustible al transporte internacional como “único” emblema, con una exclusividad totalmente desacertada y sin autorización de ley superior.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Aplicación de Tratados Internacionales. Libertad de concurrencia. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. Principios generales. PODER EJECUTIVO. DECRETO N° 2.436/14.

Tal exclusividad afecta en forma negativa al desarrollo comercial fluvial del país y fomenta el proteccionismo del estado a favor de P, imposibilitada de crear sus propias ventajas competitivas en el marco de la igualdad de oportunidades.

Entiendo que, lo único que logra la medida impugnada es generar “ventajas exclusivas” en favor de una entidad estatal, en perjuicio de los consumidores en viaje internacional, pues limita las alternativas de los mismos de acceder a ofertas más amplias.

Es de entender que el Estado no debe intervenir con fines proteccionistas en decisiones que compete a los “consumidores”, impidiendo el ejercicio de la libertad de comercio y privando a los medios de transporte en viaje internacional de los beneficios de la libre concurrencia.

Siendo la “libertad de concurrencia”, un derecho superior, toda disposición que integre nuestro derecho positivo deberá indefectiblemente estar

orientada a facilitarla, con la finalidad de lograr el “bienestar social”, tornando operante el carácter de Estado Social de Derecho proclamado por la Constitución.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte tampoco ha sido ajena a esta postura, señalando lo siguiente: “(...) *el Poder Ejecutivo se extralimitó en el principio de reserva de la ley imperante en el derecho tributario aduanero, pues la ley establece claramente el control aduanero de los combustibles para transporte internacional, pero bajo ningún punto de vista se puede inferir el almacenamiento – y venta- de manera exclusiva por una empresa en particular, en este caso P.*”

Sostener la permisividad de “control” a P. o cualquier otra empresa del rubro, y no a quien la regla impone (Dirección Nacional de Aduanas), podría generar un monopolio artificial por parte del Estado, pues la cuestión reviste una forma coercitiva en el cual P. (Empresa Pública) es el único proveedor de combustible y lubricantes para transporte internacional (...)” - Acuerdo y Sentencia N.º 684 de fecha 16 de agosto de 2.019, en: “Acción de Inconstitucionalidad: M. A. S.A. c/ Num. 1 Artículo 308, DECRETO 4.672/05, modificado por DECRETO 2.436/14. Año 2018 -Nº 3.275”.

Dicho esto, concluyo que el acto administrativo impugnado efectivamente contraviene disposiciones constitucionales, por lo que corresponde *hacer lugar* a la presente Acción de Inconstitucionalidad; y en consecuencia, declarar respecto de la firma accionante, la inaplicabilidad del Artículo 308 Núm. 1 del DECRETO N° 2.436/14. Asimismo, corresponde *levantar la medida cautelar de suspensión de efectos*, dispuesta en autos. Es mi voto.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Aplicación de Tratados Internacionales. Principio de Supremacía Constitucional. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. Principios generales. PODER EJECUTIVO. DECRETO N° 2.436/14. CÓDIGO ADUANERO. Exención impositiva.

Examinada entonces la normativa cuestionada, apreciamos que la misma contiene disposiciones que van contra el texto del *Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra*. En efecto, el decreto en cuestión faculta a P. (P.P.) en forma exclusiva el almacenamiento y suministro de combustibles y lubricantes para medios de transporte en viaje internacional a pesar de las dis-

posiciones expresas de las normas internacionales que disponen la compatibilización de la legislación interna para la liberación del mercado en condiciones de igualdad de oportunidades y competitividad.

Asimismo, el *Protocolo sobre Asuntos Aduaneros* autoriza la habilitación de depósitos particulares, bajo control aduanero, para el almacenamiento de bienes indispensables para la operatividad de las unidades de transporte y equipos de las empresas que operen en la Hidrovía, entendiéndose incluidos el suministro de dichos bienes.

Podemos demás concluir, conforme a lo expuesto precedentemente y sin temor a equívocos, que el Decreto N° 2.436/14 es violatorio del art. 137 de la Constitución Nacional en cuya parte pertinente señala: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”*.

En este contexto la Corte Suprema de Justicia ya se ha expedido en relación al Principio de Supremacía Constitucional al destacar que el principio consagrado en el art. 137 de nuestra Carta Magna no sólo se refiere a la supremacía de la Constitución Nacional, por encima de cualquier otro instrumento normativo, sino también al orden jerárquico de prelación de las normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. (C.S.J. *Acuerdo y Sentencia N° 280 del 01 de junio del 2.011*).

Cabe destacar que esta Magistratura ya se ha expedido en los mismos términos en el Acuerdo y Sentencia N° 684 del 16 de agosto de 2.019, dictado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.

Finalmente, en lo que hace a la exención del tributo aduanero, se puede advertir que de la lectura del aludido decreto reglamentario surge que el Poder Ejecutivo se extralimitó en sus funciones, puesto que el acto normativo impugnado distingue donde la ley no lo hace, con relación a los medios de transporte en operaciones de transporte internacional, exonerando del pago de tributos aduaneros a la importación a los que ostentan bandera extranjera, violándose de esta manera el orden de prelación de las normas previsto en el artículo 137 de la Constitución Nacional.

A ello cabe agregar que la reglamentación crea una situación de desventaja o discriminación en desmedro de los buques de bandera nacional

que hagan el mismo trayecto internacional, por lo que encontramos conculcación a los Arts. 46, 47 y 107 de la Carta Magna.

Por tanto, fundado en las disposiciones constitucionales y convencionales señaladas y visto el Dictamen de la Fiscalía General del Estado, corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta, declarando en consecuencia la inaplicabilidad por inconstitucional del Art. 308 num. 1) primera parte del Decreto N° 2.436/14 en relación a la empresa P.S.A.S.A., de conformidad al Art. 555 del Código Procesal Civil. Asimismo, corresponde el levantamiento de la medida de suspensión dispuesta en autos. Es mi voto.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Aplicación de Tratados Internacionales. Principio de Supremacía Constitucional. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. Principios generales. PODER EJECUTIVO. DECRETO N° 2.436/14. CÓDIGO ADUANERO. Exención impositiva. (Voto en Disidencia).

De tales circunstancias seguimos, sin requerir mayor rigor analítico, que el Poder Ejecutivo no se excedió en su competencia dado que no estableció tributo alguno, sino que, en todo caso, reiteró dentro del reglamento, la exención tributaria expresamente prevista en la ley, es decir, en la norma reglamentada. Si bien, el método de la repetición o reiteración es calificada como una defectuosa técnica regulativa, sin embargo, a las resultas de este caso y conforme al planteamiento esbozado, la reiteración efectuada no tiene mayor relevancia jurídica, sino que más bien de estilo de redacción debido a que, la exención, como se dijo, se encuentra regulada en la ley. La pertinencia de la técnica de estilo escapa al estudio de una acción de inconstitucionalidad.

8.- De todos modos, no podemos perder de vista que la segunda parte del numeral atacado no hace al interés jurídico tutelable del accionante por la razón referida en el punto 5 de este estudio. Es más, nótese que respecto de ésta –segunda parte del numeral primero- el interesado tuvo dicho que “...Ergo, hasta aquí, el Ejecutivo, ejerció el derecho aplicable siguió la regulación prescripta en el acuerdo de Santa Cruz de la Sierra, en concordancia con el Art. 137 de la C.N....”. Esto, además de demostrar que la propia parte interesada admite la pertinencia de la premisa que asentamos en el punto

6 y 7, denota una aviesa contradicción emergente del escrito de postulación de la demanda.

9.- Por otra parte, referente al hecho de que el Reglamento no se ajusta a la norma autorizante, más arriba hemos visto que la segunda parte del numeral se ajusta de forma plena al Código Aduanero, y así lo refiere la propia parte interesada a fs. 174 de autos.- 10.- En lo que respecta a la primera parte del numeral impugnado, no encontramos motivos para concluir que el Reglamento no concuerda con la letra o, en su caso, con el orden sistémico normativo Aduanero. En efecto, la ley no regula ya sea de forma positiva o negativa, sobre el almacenamiento y aprovisionamiento de los combustibles pero sí establece de forma expresa que el control de la exención tributaria queda bajo el resguardo de la autoridad aduanera, en cuyo caso, para hacer efectivo y eficaz dicho control, la autoridad central de conformidad al Art. 238 numeral 5 de la C.N. está plenamente facultada a delimitar tal actividad. Se reitera, a los efectos de precautelar el control de la exención a la que alude la segunda parte del numeral impugnado, en concordancia, con el Art. 230 y 233 del Código Aduanero.

11.- Tampoco es que pueda sostenerse que existe una delegación de la prerrogativa estrictamente aduanera, en este caso, a la empresa Estatal Paraguaya P. (P. P.), primero, porque la letra del reglamento no lo dice, y segundo, atendiendo al aspecto pragmático, toda vez que se busca la centralización del almacenamiento de combustibles y lubricantes con miras a allanar el cumplimiento de la labor de fiscalización, actividad que compete, exclusivamente a Aduanas, conforme a las normativas recientemente citadas.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Aplicación de Tratados Internacionales. Principio de Supremacía Constitucional. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. Principios generales. PODER EJECUTIVO. DECRETO N° 2.436/14. CÓDIGO ADUANERO. Exención impositiva. (Voto en Disidencia).

Finalmente, con relación al argumento (ii) individualizado en el punto dos: recordemos que el accionante postula un atropello al libre comercio, la libertad de oportunidades, el libre mercado y la competencia leal, es decir, enmarca su fundamento en una supuesta restricción a la libre concurrencia garantizada por el Art. 107 de la C.N.

15.- Para abordar este punto, hemos de partir señalando que el Decreto impugnado, no es que disponga un mandato imperativo negativo, estableciendo una suerte de prohibición normativa que impida o vede completamente a la firma accionante la posibilidad de girar comercialmente del mercado y conforme a la actividad económica emergente de sus respectivos estatutos. De hecho que la empresa demandante opera en el mercado tal como lo explica en su escrito de postulación.

16.- En realidad, lo que hace el Decreto, es delimitar una porción de aquella actividad para encuadrarla dentro del estricto ámbito público quedando amparado -el reglamento- no sólo ya en lo que dispone el Art. 238 de la C.N, sino que en lo que establece el 128 de la C.N., que en lo pertinente dispone que “...*En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general...*”.

17.- Es que la operación de aprovisionamiento y suministro se encuentra exenta del tributo aduanero, pero, no por ello, privado del control aduanero. Al respecto, el Art. 233 de la Ley 2.422/04, establece que “...*El embarque de las provisiones se hará bajo control aduanero...*”. Para hacer efectivo tal control, resulta razonable que se establezcan medidas complementarias, como la decretada, que tiendan a mejorar y dotar de eficacia y eficiencia a la fiscalización de la actividad -exonerada- en estricto resguardo de los intereses fiscales.

18.- En abono de la tesis que aquí se estructura, esta Sala Constitucional, ya tuvo dicho, incluso, que “...*tratándose de una empresa estatal, es concebible que el interés general esté detrás de la delimitación del almacenamiento únicamente en depósitos de P, por lo que voluntades económicas minoritarias no resultan suficientes o aptas para desvirtuar la decisión del Administrador General de la Nación...*”; postulado, al cual, adhiero plenamente y lo pongo de manifiesto para apoyar la tesis que se ha esgrimido en el punto 16.

19.- De esta manera, esta Magistratura concluye que el Poder Ejecutivo, al dictar el numeral primero del Decreto Nro. 2.436/14: (i) ni se ha excedido en su competencia ni conculcó el principio de legalidad así como tampoco socavó Acuerdo internacional alguno, en cuyo caso, no hubo conculcación de lo dispuesto por el sistema de prelación normativa reconocida en el Art. 137 de la C.N.; (ii) no prohibió el ejercicio de la actividad comercial para la cual gira la firma demandante, y en todo caso; (iii) se delimitó una parte

de la actividad con miras al interés general, en cuyo caso, la constitucionalidad se encuentra amparada en el Art. 128, en concordancia con el Art. 238 de la C.N.

C.S.J. Sala Constitucional 22/10/2.022 “Acción de Inconstitucionalidad promovida por petrolera S.A.S.A c/ el Art. 308 num. 1) primera parte del Decreto N° 2.436/14 “Por El Cual Se Modifican Los Artículos 306 y 308 Del Anexo Del Decreto N° 4.672/2.005: “Por por el cual se reglamenta La Ley N° 2.422/2.004 “Código Aduanero” y Se Establece La Estructura Organizacional De La Dirección De Aduanas” (Ac. y Sent. 614).

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

C U E S T I O N:

¿Es procedente la Acción de Inconstitucionalidad deducida?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Diesel Junghanns, Fretes y Ríos Ojeda.

A la cuestión planteada el Doctor DIESEL JUNGHANNS dijo: El profesional abogado J.E.M.S., en nombre y representación de la firma P. S.A., *promueve* Acción de Inconstitucionalidad contra el Artículo 308 Num. 1 del DECRETO N° 2436/14 “*POR EL CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 306 Y 308 DEL ANEXO DEL DECRETO N° 4672/2005: “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2422/2004 “CÓDIGO ADUANERO” Y SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA DIRECCIÓN DE ADUANAS*”.

En apoyo a las pretensiones de su representada, el profesional abogado alega que se encuentran vulnerados los Artículos 46, 86, 107 y 137 de la Constitución y fundamenta la acción manifestando, entre otras cosas, que el acto administrativo impugnado decreta el quiebre del libre comercio, la libertad de oportunidades, el libre mercado y la competencia leal al disponer que “*dicho negocio comercial individualizado en forma precedente debía ser explotado única y exclusivamente a través de P. Ergo, a pesar de las disposiciones expresas de las normas internacionales que disponen la compatibilización de la legislación interna para la liberación del mercado en condiciones de igualdad de oportunidades y competitividad*”.

A los efectos de arribar a una solución razonada de la existencia o no de violaciones de normas constitucionales, es necesario traer a colación lo dispuesto por el acto administrativo impugnado:

“Artículo 308. Suministros en Depósitos aduaneros. 1. La carga de combustibles líquidos y lubricantes deberá ser, única y exclusivamente, almacenada en depósitos especiales de P. (P. P.), para el suministro de medios de transporte en viaje internacional. Esta carga está exenta del pago de tributos aduaneros que gravan la importación a consumo, siempre que sean de matrícula o bandera de países, cuyas normas admitan en sus territorios aduaneros un tratamiento similar para el abastecimiento de los transportes nacionales (...)”. Subrayado y negritas son míos.

De la interpretación letrista de la norma transcripta surge la exclusividad a favor de P. para el almacenamiento y suministro de combustible líquido y lubricantes a medios de transporte en viaje internacional, cuestión esta que agravia al recurrente, pues lógicamente frustra su participación activa como sujeto económico del sistema, afectando así su oportunidad para competir con otros proveedores de combustible y lubricantes para el transporte internacional, en igualdad de condiciones.

Ante tal exclusividad es oportuno recordar que nuestro país ha firmado el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra el 26 de junio de 1992, con el objeto de facilitar la navegación y el transporte comercial, fluvial y longitudinal en la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres-Puerto de Nueva Palmira), en el ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata. Este Acuerdo fue aprobado por la Ley N° 269/93 *“QUE APRUEBA EL ACUERDO DE TRANSPORTE FLUVIAL POR LA HIDROVIA PARAGUAY - PARANA Y SUS SEIS PROTOCOLOS ADICIONALES, SUSCRITO ENTRE LOS GOBIERNOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA, DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY”*, que en su Artículo 7 dice: *“Los países signatarios compatibilizarán y/o armonizarán sus respectivas legislaciones en la medida que fuere necesario, para crear condiciones de igualdad de oportunidades, de forma tal que permitan simultáneamente la liberalización del mercado, la reducción de costos y la mayor competitividad”*.

En la misma línea, el Protocolo Adicional al referido Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná “SOBRE ASUNTOS

ADUANEROS” establece en su Artículo 7: *“Las autoridades aduaneras podrán habilitar depósitos particulares a los efectos de almacenar repuestos y accesorios bajo control aduanero, indispensable para el mantenimiento de las unidades de transporte y equipos de las empresas de los otros países signatarios, que operen por la Hidrovía. El ingreso y egreso de los mismos estará exento de gravámenes a la importación y exportación (...)”*.

Nuestro Código Aduanero, establece que: *“Para el abastecimiento del medio de transporte internacional en el país, la autoridad aduanera competente otorgará autorización escrita. El embarque de las provisiones se hará bajo control aduanero, libre de gravámenes a la exportación”* (Artículo 233, Ley N.º 2422/04).

Al contrastar la legislación nacional e internacional transcritas con el acto administrativo impugnado, surge la notable divergencia en cuanto a la regulación sobre “igualdad de oportunidades”, “libre concurrencia” y “control aduanero” expresamente previstos en nuestra legislación. Es notorio que el Decreto impugnado no se mantiene dentro de los márgenes que la legislación previene, en desobediencia al principio de legalidad, principio fundamental en la Administración Pública, que exige que todo ejercicio del poder público sea realizado conforme a la ley vigente, en resguardo a la “seguridad jurídica”. Por lo que advierto la total arbitrariedad de la normativa impugnada que peca de inconstitucional al vulnerar el orden prelativo establecido en nuestra propia Constitución (Artículo 137).

Es de entender que todo acto administrativo es una ordenación promotora del bien común, cuya misión y finalidad esencial es la de satisfacer el interés público. Por tanto, la Administración tiene prohibido incurrir en “diferencias arbitrarias” violando derechos fundamentales como la igualdad y la libertad, más aún cuando en ellas deban encuadrarse el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.

El acto administrativo impugnado no comulga con la obligación del Estado de promover las condiciones y crear mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio. La libre iniciativa de los agentes económicos debe pues realizarse dentro de un marco de igualdad de oportunidades, preservando la justicia individual dentro de la actividad económica.

Así las cosas, no queda más que advertir la falta total de sustento legal, por parte del Decreto impugnado, cuya regulación contempla facultades que la ley no previene, delegando a P. el abastecimiento de combustible

al transporte internacional como “único” emblema, con una exclusividad totalmente desacertada y sin autorización de ley superior.

Tal exclusividad afecta en forma negativa al desarrollo comercial fluvial del país y fomenta el proteccionismo del estado a favor de P., imposibilitada de crear sus propias ventajas competitivas en el marco de la igualdad de oportunidades.

Entiendo que, lo único que logra la medida impugnada es generar “ventajas exclusivas” en favor de una entidad estatal, en perjuicio de los consumidores en viaje internacional, pues limita las alternativas de los mismos de acceder a ofertas más amplias.

Es de entender que el Estado no debe intervenir con fines proteccionistas en decisiones que compete a los “consumidores”, impidiendo el ejercicio de la libertad de comercio y privando a los medios de transporte en viaje internacional de los beneficios de la libre concurrencia.

Siendo la “libertad de concurrencia”, un derecho superior, toda disposición que integre nuestro derecho positivo deberá indefectiblemente estar orientada a facilitarla, con la finalidad de lograr el “bienestar social”, tornando operante el carácter de Estado Social de Derecho proclamado por la Constitución.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte tampoco ha sido ajena a esta postura, señalando lo siguiente: “(...) *el Poder Ejecutivo se extralimitó en el principio de reserva de la ley imperante en el derecho tributario aduanero, pues la ley establece claramente el control aduanero de los combustibles para transporte internacional, pero bajo ningún punto de vista se puede inferir el almacenamiento – y venta- de manera exclusiva por una empresa en particular, en este caso P.*”

Sostener la permisividad de “control” a P. o cualquier otra empresa del rubro, y no a quien la regla impone (Dirección Nacional de Aduanas), podría generar un monopolio artificial por parte del Estado, pues la cuestión reviste una forma coercitiva en el cual P. (Empresa Pública) es el único proveedor de combustible y lubricantes para transporte internacional (...)” - Acuerdo y Sentencia N.º 684 de fecha 16 de agosto de 2019, en: “*Acción de Inconstitucionalidad: M. A. S.A. c/ Num. 1 Artículo 308, DECRETO 4672/05, modificado por DECRETO 2436/14. Año 2018 -Nº 3275*”.

Dicho esto, concluyo que el acto administrativo impugnado efectivamente contraviene disposiciones constitucionales, por lo que corresponde hacer lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad; y en consecuencia,

declarar respecto de la firma accionante, la inaplicabilidad del Artículo 308 Num. 1 del DECRETO N° 2436/14. Asimismo, corresponde *levantar la medida cautelar de suspensión de efectos*, dispuesta en autos. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES dijo: Concuero con la opinión del Ministro preopinante Dr. César Diesel Junghanns, en cuanto considera que la normativa atacada vulnera el Art. 137 de la Constitución que establece el orden jerárquico de las normas del derecho positivo nacional, y me permito exponer lo siguiente:

En base a los términos de la demanda planteada, puede constatarse que las argumentaciones están dirigidas a la limitación que dispone la reglamentación a la utilización de depósitos de P. (P. P.) para el aprovisionamiento de naves de viaje internacional, prevista en el artículo 308 del Decreto N° 2436/14, el cual expresa en la parte que dice agraviarle *“La carga de combustibles líquidos y lubricantes deberá ser, única y exclusivamente, almacenada en depósitos especiales de P. (P. P.), para el suministro de medios de transporte en viaje internacional. Esta carga está exenta del pago de tributos aduaneros que gravan la importación a consumo, siempre que sean de matrícula o bandera de países, cuyas normas admitan en sus territorios aduaneros un tratamiento similar para el abastecimiento de los transportes nacionales”*.

En el presente caso, la cuestión a dilucidar en la presente acción, conforme al razonamiento expuesto por el accionante, consiste en determinar si; ¿el texto del decreto impugnado es contradictorio con el texto y espíritu de los Tratados?. En caso de que efectivamente exista una contraposición entre estos ordenamientos jurídicos, estaríamos en presencia de una violación del art. 137 de la Constitución Nacional que establece el orden de prelación del derecho positivo nacional.

A fin de esclarecer este punto, es importante examinarlo bajo la perspectiva de los tratados internacionales sobre la materia ratificados por nuestro país. Sabido es que los tratados, los convenios y los acuerdos internacionales internalizados por la vía respectiva, tienen un rango prevalente respecto de las normas positivas del derecho nacional y una jerarquía *cuasi* constitucional. Siguiendo este lineamiento, el art. 145 admite el orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de la cooperación y el desarrollo en el aspecto económico.

En esta tesitura se encuentra el *Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra* ratificado por Ley Nº 269/93 “QUE APRUEBA EL ACUERDO DE TRANSPORTE FLUVIAL POR LA HIDROVIA PARAGUAY - PARANA Y SUS SEIS PROTOCOLOS ADICIONALES, SUSCRITO ENTRE LOS GOBIERNOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA, DE LA REPUBLICA DE BOLIVIA, DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY” que dispone cuanto sigue: *Artículo 7. Los países signatarios compatibilizarán y/o armonizarán sus respectivas legislaciones en la medida que fuere necesario, para crear condiciones de igualdad de oportunidades, de forma tal que permitan simultáneamente la liberalización del mercado, la reducción de costos y la mayor competitividad”.*

Por otro lado, el PROTOCOLO ADICIONAL SOBRE ASUNTOS ADUANEROS, establece: *Artículo 7. Las autoridades aduaneras podrán habilitar depósitos particulares a los efectos de almacenar repuestos y accesorios bajo control aduanero, indispensables para el mantenimiento de las unidades de transporte y equipos de las empresas de los otros países signatarios, que operen en la Hidrovía. El ingreso y el egreso de los mismos estará exento de gravámenes a la importación y exportación....”.*

Examinada entonces la normativa cuestionada, apreciamos que la misma contiene disposiciones que van contra el texto del *Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra*. En efecto, el decreto en cuestión faculta a P. (P.P.) en forma exclusiva el almacenamiento y suministro de combustibles y lubricantes para medios de transporte en viaje internacional a pesar de las disposiciones expresas de las normas internacionales que disponen la compatibilización de la legislación interna para la liberación del mercado en condiciones de igualdad de oportunidades y competitividad.

Asimismo, el *Protocolo sobre Asuntos Aduaneros* autoriza la habilitación de depósitos particulares, bajo control aduanero, para el almacenamiento de bienes indispensables para la operatividad de las unidades de transporte y equipos de las empresas que operen en la Hidrovía, entendiéndose incluidos el suministro de dichos bienes.

Podemos demás concluir, conforme a lo expuesto precedentemente y sin temor a equívocos, que el Decreto Nº 2436/14 es violatorio del art. 137 de la Constitución Nacional en cuya parte pertinente señala: “*La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el*

Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”.

En este contexto la Corte Suprema de Justicia ya se ha expedido en relación al Principio de Supremacía Constitucional al destacar que el principio consagrado en el art. 137 de nuestra Carta Magna no sólo se refiere a la supremacía de la Constitución Nacional, por encima de cualquier otro instrumento normativo, sino también al orden jerárquico de prelación de las normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. (C.S.J. *Acuerdo y Sentencia N° 280 del 01 de junio del 2011*).

Cabe destacar que esta Magistratura ya se ha expedido en los mismos términos en el Acuerdo y Sentencia N° 684 del 16 de agosto de 2019, dictado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.

Finalmente, en lo que hace a la exención del tributo aduanero, se puede advertir que de la lectura del aludido decreto reglamentario surge que el Poder Ejecutivo se extralimitó en sus funciones, puesto que el acto normativo impugnado distingue donde la ley no lo hace, con relación a los medios de transporte en operaciones de transporte internacional, exonerando del pago de tributos aduaneros a la importación a los que ostentan bandera extranjera, violándose de esta manera el orden de prelación de las normas previsto en el artículo 137 de la Constitución Nacional.

A ello cabe agregar que la reglamentación crea una situación de desventaja o discriminación en desmedro de los buques de bandera nacional que hagan el mismo trayecto internacional, por lo que encontramos conculcación a los Arts. 46, 47 y 107 de la Carta Magna.

Por tanto, fundado en las disposiciones constitucionales y convencionales señaladas y visto el Dictamen de la Fiscalía General del Estado, corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta, declarando en consecuencia la inaplicabilidad por inconstitucional del Art. 308 num. 1) primera parte del Decreto N° 2436/14 en relación a la empresa P.S.A. S.A., de conformidad al Art. 555 del Código Procesal Civil. Asimismo, corresponde el levantamiento de la medida de suspensión dispuesta en autos. Es mi voto.

A su turno el Doctor RÍOS OJEDA dijo: Disiento, respetuosamente, del sentido de los votos esgrimidos por los distinguidos colegas de Sala, y lo hago con base a las siguientes consideraciones que se pasan a desarrollar.

1.- La persona jurídica denominada como P.S. A. S. A. (P.) ¹se presentó a los efectos de promover la presente acción de inconstitucionalidad contra el numeral primero del artículo 308 del Decreto Nro. 2436/14, emanado del Poder Ejecutivo, que modificó los artículos 306 y 308 del Anexo del Decreto 4672/2005, por medio del cual se reglamentó la Ley Nro. 2422/2004, en específico, los Art. 230 al 233 de este último cuerpo legal.

2.- La parte accionante sostiene –en resumidas cuentas- que la mencionada disposición reglamentaria vulnera los artículos 86, 107, 46² y 137 de la C.N. En tal sentido, del confuso y desordenado³ escrito presentado, se desprenden argumentos que se bifurcan hacia dos vertientes principales, a saber: (i) una supuesta conculcación al orden de prelación de normas existente y establecida por nuestra Constitución, que a su vez, cuenta con una suerte de sub-división argumental propia, a las que nos referiremos en breve; (ii) la producción, según se pone de manifiesto, de un quiebre Constitucional por razón del presunto atropello al libre comercio, la libertad de oportunidades, el libre mercado y la competencia leal.

3.- Atendiendo a la línea de ideas expuesta, se podrá advertir que el argumento (i) encuentra su fundamento en el Art. 137 de la C.N., pero, delimitado a las siguientes premisas esbozadas por el propio interesado: primero, se hace referencia a una supuesta extralimitación por parte del Poder Ejecutivo; segundo, se califica al Decreto dictado como contradictorio del Acuerdo “Santa Cruz de la Sierra” y Protocolos acordado y ratificados por la República del Paraguay conforme a la Ley Nro. 269/93.

4.- La supuesta extralimitación aseverada por el accionante se produjo, de un lado, por el hecho de que supuestamente se ha socavado una reserva legal, en el sentido de que el Poder Ejecutivo se excedió en su competencia al regular en materia tributaria, a través de un simple reglamento de ejecución, mientras que por el otro, se alega la existencia de una presunta conculcación al principio de legalidad porque, básicamente, el reglamento de ejecución no se ajusta, en general, a la norma autorizante.

¹ Por medio de su representante convencional. Ver fs. 04/11 y 171.-

² En puridad se hizo referencia, se estima que por un error de tipeo al Art. 146 de la C.N.

³ Calificado de esa manera por la Fiscalía, ver fs. 199.

5.- Acotado el tema de estudio, es menester traer a colación que la parte accionante, en realidad, se agravia respecto de la parte inicial del numeral primero del artículo 308 del Decreto Nro. 2436/14, específicamente, donde refiere que “...1. *La carga de combustibles líquidos y lubricantes deberá ser, única y exclusivamente, almacenada en depósitos especiales de P (P. P.), para el suministro de medios de transporte en viaje internacional...*”. Esto es así dado que la persona jurídica reclamante pretende integrarse a la explotación de esta actividad concreta, cual es, la de suministrar combustibles y lubricantes a los medios de transporte marítimo internacional, esto, bajo la modalidad de aprovisionamiento a bordo y suministros.

6.- Ciertamente, asiste razón a la parte accionante cuando afirma que los tributos deben crearse por ley, esto, a la luz de nuestro Art. 179 de la C.N. No obstante, tal argumento no aplica al presente caso, por cuanto que la regulación transcripta en el párrafo que antecede, no tipifica hecho generador de tributo alguno, es decir, no crea tributos, así como tampoco establece una exención tributaria como lo da a entender el accionante en varios pasajes de su acción. Ahora bien, la exención sí la encontramos en la segunda parte del articulado, sin embargo, ello no es sino la reiteración de las exenciones tributarias legalmente establecidas en el Art. 230 parte final, así como el Art. 233 de la Ley 2422/2004.

7.- De tales circunstancias seguimos, sin requerir mayor rigor analítico, que el Poder Ejecutivo no se excedió en su competencia dado que no estableció tributo alguno, sino que, en todo caso, reiteró dentro del reglamento, la exención tributaria expresamente prevista en la ley, es decir, en la norma reglamentada. Si bien, el método de la repetición o reiteración es calificada como una defectuosa técnica regulativa, sin embargo, a las resultas de este caso y conforme al planteamiento esbozado, la reiteración efectuada no tiene mayor relevancia jurídica, sino que más bien de estilo de redacción debido a que, la exención, como se dijo, se encuentra regulada en la ley. La pertinencia de la técnica de estilo escapa al estudio de una acción de inconstitucionalidad.

8.- De todos modos, no podemos perder de vista que la segunda parte del numeral atacado no hace al interés jurídico tutelable del accionante por la razón referida en el punto 5 de este estudio. Es más, nótese que respecto de ésta –segunda parte del numeral primero- el interesado tuvo dicho que “...Ergo, hasta aquí, el Ejecutivo, ejerció el derecho aplicable siguió la regulación prescripta en el acuerdo de Santa Cruz de la Sierra, en concordancia

con el Art. 137 de la C.N....⁴. Esto, además de demostrar que la propia parte interesada admite la pertinencia de la premisa que asentamos en el punto 6 y 7, denota una aviesa contradicción emergente del escrito de postulación de la demanda.

9.- Por otra parte, referente al hecho de que el Reglamento no se ajusta a la norma autorizante, más arriba hemos visto que la segunda parte del numeral se ajusta de forma plena al Código Aduanero, y así lo refiere la propia parte interesada a fs. 174 de autos.

10.- En lo que respecta a la primera parte del numeral impugnado, no encontramos motivos para concluir que el Reglamento no concuerda con la letra o, en su caso, con el orden sistémico normativo Aduanero. En efecto, la ley no regula ya sea de forma positiva o negativa, sobre el almacenamiento y aprovisionamiento de los combustibles pero sí establece de forma expresa que el control de la exención tributaria queda bajo el resguardo de la autoridad aduanera, en cuyo caso, para hacer efectivo y eficaz dicho control, la autoridad central de conformidad al Art. 238 numeral 5 de la C.N. está plenamente facultada a delimitar tal actividad. Se reitera, a los efectos de precautelar el control de la exención a la que alude la segunda parte del numeral impugnado, en concordancia, con el Art. 230 y 233 del Código Aduanero.

11.- Tampoco es que pueda sostenerse que existe una delegación de la prerrogativa estrictamente aduanera, en este caso, a la empresa Estatal Paraguaya P. (P. P.), primero, porque la letra del reglamento no lo dice, y segundo, atendiendo al aspecto pragmático, toda vez que se busca la centralización del almacenamiento de combustibles y lubricantes con miras a allanar el cumplimiento de la labor de fiscalización, actividad que compete, exclusivamente a Aduanas, conforme a las normativas recientemente citadas.

12.- En cuanto a la segunda premisa que hemos individualizado en el punto tres: refiere el accionante que el decreto contraviene el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra, en cuyo caso, se conculcó el orden de prelación de normas establecido en el Art. 137 de nuestra C.N.

13.- Sobre el punto, hay que partir subrayando que el Art. 07 del Protocolo Adicional sobre Asuntos Aduaneros, a tenor de su propia confección literal, se desprende que estamos, a los efectos de las circunstancias fácticas que nos ocupan, ante una norma de carácter permisiva, esto, atendiendo a

⁴ Ver f. 174.

que utiliza un operador deóntico facultativo -podrán- para referirse a los depósitos particulares.

14.- En tal sentido, no puede concluirse en favor de la existencia de una antinomia normativa entre el Reglamento atacado y el Acuerdo invocado, dado que el artículo citado, en puridad, no dispone un mandato imperativo positivo o negativo. Entonces, en definitiva, no puede sostenerse que exista un incumplimiento por parte del Estado, con respecto a los depósitos particulares de aprovisionamiento y suministros de carácter particular, puesto que es prerrogativa de las Autoridades Aduaneras, en suma, de cada Estado, la posibilidad de habilitar aquellos depósitos particulares.

13.- En consecuencia, el argumento en examen resulta improcedente, por lo que, la supuesta extralimitación del Poder Ejecutivo, alegada por el aquí accionante, no es tal.

14.- Finalmente, con relación al argumento (ii) individualizado en el punto dos: recordemos que el accionante postula un atropello al libre comercio, la libertad de oportunidades, el libre mercado y la competencia leal, es decir, enmarca su fundamento en una supuesta restricción a la libre concurrencia garantizada por el Art. 107 de la C.N.

15.- Para abordar este punto, hemos de partir señalando que el Decreto impugnado, no es que disponga un mandato imperativo negativo, estableciendo una suerte de prohibición normativa que impida o vede completamente a la firma accionante la posibilidad de girar comercialmente dentro del mercado y conforme a la actividad económica emergente de sus respectivos estatutos. De hecho que la empresa demandante opera en el mercado tal como lo explica en su escrito de postulación.

16.- En realidad, lo que hace el Decreto, es delimitar una porción de aquella actividad para encuadrarla dentro del estricto ámbito público quedando amparado -el reglamento- no sólo ya en lo que dispone el Art. 238 de la C.N., sino que en lo que establece el 128 de la C.N., que en lo pertinente dispone que “...*En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general...*”.

17.- Es que la operación de aprovisionamiento y suministro se encuentra exenta del tributo aduanero, pero, no por ello, privado del control aduanero. Al respecto, el Art. 233 de la Ley 2422/04, establece que “...*El embarque de las provisiones se hará bajo control aduanero...*”. Para hacer efectivo tal control, resulta razonable que se establezcan medidas complementarias, como la decretada, que tiendan a mejorar y dotar de eficacia y eficiencia a

la fiscalización de la actividad –exonerada- en estricto resguardo de los intereses fiscales.

18.- En abono de la tesis que aquí se estructura, esta Sala Constitucional, ya tuvo dicho, incluso, que “...tratándose de una empresa estatal, es concebible que el interés general esté detrás de la delimitación del almacenamiento únicamente en depósitos de P., por lo que voluntades económicas minoritarias no resultan suficientes o aptas para desvirtuar la decisión del Administrador General de la Nación...”⁵; postulado, al cual, adhiero plenamente y lo pongo de manifiesto para apoyar la tesis que se ha esgrimido en el punto 16.

19.- De esta manera, esta Magistratura concluye que el Poder Ejecutivo, al dictar el numeral primero del Decreto Nro. 2436/14: (i) ni se ha excedido en su competencia ni conculcó el principio de legalidad así como tampoco socavó Acuerdo internacional alguno, en cuyo caso, no hubo conculcación de lo dispuesto por el sistema de prelación normativa reconocida en el Art. 137 de la C.N.; (ii) no prohibió el ejercicio de la actividad comercial para la cual gira la firma demandante, y en todo caso; (iii) se delimitó una parte de la actividad con miras al interés general, en cuyo caso, la constitucionalidad se encuentra amparada en el Art. 128, en concordancia con el Art. 238 de la C.N.

20.- Entonces, atento a las conclusiones esbozadas y acorde a lo manifestado por la Fiscalía General del Estado, que dijo “*En síntesis, la determinación adoptada por el Poder Ejecutivo, a criterio de esta representación fiscal, no vulnera el Tratado Internacional y se ajusta a las facultades atribuidas al órgano administrador a fin de lograr un mayor y mejor control sobre cuestiones que claramente atañen a la Dirección Nacional de Aduanas como institución encargada de aplicar la legislación aduanera, recaudar los tributos a la importación y a la exportación, fiscalizar el tráfico de mercaderías por las fronteras y aeropuertos del país...*”, entiendo que la presente acción no puede tener progreso favorable.

21.- En consecuencia, tomando en consideración los argumentos esgrimidos, concluyo que el numeral primero del Decreto N° 2436/14, se encuentra ajustada al Código Aduanero y a la Constitucional Nacional -Art. 238 y 128- en cuyo caso, opino que la presente acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada. Es mi voto.

⁵ Ac. y Sent. 54 del 16 de febrero de 2.015.

JURISPRUDENCIA

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

SENTENCIA NÚMERO 614

Asunción, 22 de octubre de 2022.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Abogado J.E M.S., en nombre y representación de la firma P.S.A.S.A. (P) y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad por inconstitucional del Art. 308 num. 1) primera parte del Decreto N° 2436/14 en relación a la empresa P.S. A. S.A., de conformidad al Art. 555 del Código Procesal Civil.

ORDENAR el levantamiento de la medida de suspensión de efectos dispuesta por A.I. N° 790 de fecha 18 de agosto de 2020, dictada por esta Sala.

ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros Dr. Cesar Diesel Junghanns. Dr. Antonio Fretes y Dr. Víctor Ríos Ojeda.

Ante mí: Julio Pavón Martínez. Secretario.

SALA CIVIL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1

Cuestión debatida: *La resolución traída a estudio trata sobre una demanda de usucapión, promovida entre condóminos de un inmueble que en primera instancia no prosperó, por considerar el “A quo” que el usucapiente no había acreditado suficientemente los presupuestos legales exigidos para su procedencia.*

A su turno, el órgano de alzada con voto mayoritario, declaró la nulidad de lo resuelto por la Jueza de primera instancia y concluyó, al momento de dictar el fallo sustitutivo, que en el presente caso la usucapión debe prosperar. Al respecto, sostuvieron que pruebas diligenciadas por el usucapiente han sido suficientes para acreditar la posesión pacífica e ininterrumpida por más de 20 años, y que el mismo se ha comportado como dueño de dicha propiedad.

Posteriormente, el actor recurrió ante la Sala Civil de la C.S.J., expresando que desde 1.990 viene poseyendo el inmueble, sin haber sido molestado en su posesión por persona alguna, sin embargo, la Sala Civil expone que no se dan las condiciones de exactitud, claridad y precisión como condiciones sustanciales de la posesión veintañal.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. Prescripción adquisitiva de dominio.

La prescripción adquisitiva –usucapión larga- se contempla en el art. 1.989 del Código Civil y es definida de la siguiente manera: “*El que poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad de título ni de buena fe, la que en este caso se presume. Podrá pedir el juez que así lo declare por sentencia, la que servirá de título de propiedad para su inscripción en el Registro de Inmuebles*”.

La usucapión deriva del latín *usus* y *capere* que significa adquirir por el uso. Es decir, que es un modo de adquirir el dominio por la posesión de un bien por un determinado plazo establecido en la ley. Algunos autores sostienen que el fundamento de la prescripción adquisitiva —al igual que el de la liberatoria— es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, puesto que las mismas, dando certeza a los derechos, ponen fin a situaciones que, de alguna manera, son consideradas inestables, con lo cual se contribuye a la paz y el orden social (MARIANI DE VIDAL, Marina. 2.004. *Derechos Reales*. Séptima Edición. Buenos Aires. Editorial Zavalía, p. 324). A este fundamento se le agrega también un profundo contenido social, puesto que, frente al no uso de las cosas por parte del propietario, se le hace perder el derecho, confiriéndoselo al que realmente las hace producir.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. Prescripción adquisitiva de dominio.

Constatada la ocupación, se constata también la legitimación para solicitar la prescripción adquisitiva de dominio sobre el inmueble ocupado sin que ello importe, de por sí, que la acción deducida para hacer efectivo ese derecho vaya a tener acogida favorable. En este sentido, para que la usucapión sea procedente, la ley exige como requisito esencial la existencia de una **posesión ininterrumpida** por lo menos de 20 años, que otorgarían al actor no propietario, de reunirse los demás requisitos, el derecho de adquirir el dominio del inmueble por prescripción adquisitiva legal.

No se plantean mayores inconvenientes para determinar la naturaleza de la ocupación cuando el que detenta el bien es el titular del derecho de dominio -esto es, su propietario- pues, en este caso, el poder del que está investido este le otorga, de por sí, el derecho de propiedad correspondiente (art. 1.954 del C.C.). La discusión se abre, empero, cuando quien se encuentra en contacto directo con el bien es persona distinta a su titular propietario.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. POSESIÓN. Actos posesorios.

Ahora bien, al razonar sobre la terminología usada por nuestro C.C. entiendo que, a pesar de adoptar la posesión objetiva de Von Ihering, ella no ha sido adoptada de manera pura y absoluta, pues desde el momento que la ley utiliza la expresión “inherente al propietario o al titular de otro derecho real que lo confiera”, está haciendo una clara referencia al *animus* que debe observar el sujeto según sea el caso, en el primer supuesto –*inherente al propietario*–, como verdadero dueño de la cosa, y en los demás casos como titular de otros derechos reales. Por ende, cuando el art. 1.989 del C.C. indica igualmente que la usucapión procede a favor del poseedor, lo está haciendo siempre y cuando este cumpla con el ánimo de tener la cosa para sí, es decir, con el ánimo “*inherente al propietario*” ya que, de otro modo, el sistema no sería coherente, pues permitiría a cualquier tipo de poseedor – de los varios que regula el C.C., léase mediano e inmediato por una parte y originario y derivado, por la otra- a ser declarado propietario por la vía de la usucapión, cuando que tal declaración debe limitarse, por el carácter restrictivo y excepcional de esta forma de adquisición del inmueble que debe

limitarse sólo al poseedor que haya reunido ciertas condiciones, y no a cualquiera que tenga una vinculación física con la cosa.

Por otra parte –reitero, a pesar de la adopción de la teoría objetiva de Von Ihering- finalmente el C.C. termina adoptando también un sistema que evidencia distintos tipos de posesiones. Una evidencia de esto tenemos en el Art. 1.921 del C.C. antes citado, que indica claramente la posibilidad de *invertir* el título de la posesión, indicándose que es el poseedor el que debería demostrar indudablemente el cambio del carácter de su posesión, presumiéndose que *“la posesión conserva el mismo carácter con que fue adquirida”*. Ergo, si la ley habilita a probar el cambio de carácter de la posesión, indica implícitamente que esta puede tener, por lo menos, dos caracteres: posesión *“por sí y como propietario de la cosa”* o posesión por otro, lo que claramente cuadra con el criterio sustentado y explicado previamente. Así la posesión, además de ser clara, indudable, manifiesta y palpable en los casos de usucapión, debe revestir el primero de los caracteres: ser ejercida **por sí y como propietario de la cosa.**

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. POSESIÓN. Animus domini.

El actor afirmó, tanto en su escrito de contestación de demanda como al absolver posiciones (fs. 84 y 214 vlt.), que posee el inmueble con *animus domini* hace más de 26 años, lugar donde realizó mejoras para la explotación ganadera, y donde actualmente tiene alambrados y los enseres necesarios para dicha actividad (f. 85).

Ahora bien, de tratarse efectivamente de una posesión iniciada ya en 1.990 y de un inmueble colindante a su propiedad, como lo señala el actor, la exigencia probatoria debe ser aún mayor. En definitiva, el usucapiente debió haber aportado pruebas pertinentes que, en conjunción con las manifestaciones de los testigos con respecto a su ocupación y sus propios dichos, puedan eliminar cualquier duda con respecto a si, efectivamente, su posesión, además de ser con ánimo de dueño, ha iniciado en el año mencionado.

Debo insistir en el hecho que el que pretende la adquisición del dominio de un inmueble por prescripción debe probar, de forma fehaciente, cómo y cuándo comenzó a poseer. La determinación de la fecha de inicio de posesión es indispensable, pues, amén que la actividad probatoria debe versar también sobre este punto, de ella debe computarse la fecha de inicio del

cómputo del plazo a efectos de tener por cumplido el tiempo de veinte años que exige el art. 1.989 del Cód. Civil.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. POSESIÓN. Prueba de la posesión.

En este punto, resulta oportuno recordar lo dispuesto por el art. 249 del Cód. Procesal Civil que impone, en cabeza de quien afirma la existencia de un hecho controvertido, el deber de probar el mismo. Asimismo, quien pretende usucapir debe probar los hechos que fundan su pretensión y que, en estos casos, se circunscriben al cumplimiento de los cuatro requisitos ya mencionados que establece la ley para su procedencia entre los que se destaca, lógicamente, la antigüedad de la posesión. Así, teniendo en cuenta estos parámetros, es oportuno analizar la labor probatoria del actor, habiéndose controvertido el hecho que el mismo posea efectivamente el inmueble por el término legal establecido (ver contestación de traslado).

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. Prescripción adquisitiva de dominio.

En efecto, el condómino, para usucapir, debe excluir correlativamente a los demás del ejercicio de su derecho real; es decir, debe ejercer actos posesorios tales que obstan a que los demás condóminos disfruten de la cosa, sea de manera mediata o inmediata: *“La posesión (como condición de la prescripción adquisitiva) debe ser, no sólo una posesión ejercida a título de dueño, sino también en carácter de exclusivo propietario de la cosa. Si, por el contrario, la posesión se ejerce en carácter de condómino o de coheredero, por lo mismo que se reconoce en otros un derecho de condominio o de comunidad hereditaria, la posesión no podrá servir de base para la prescripción contra estos últimos. Distinto sería en el caso de alegarse por el condómino o coheredero una posesión exclusiva”*.

En tal escenario, aunque exista un porcentaje ideal en cabeza de cada condómino, éstos deben encontrar impedida la realización de tal porcentaje, sobre la parte de la cosa que fuera o, lo que es lo mismo, que uno de los condóminos alegue una posesión exclusiva sobre la cosa *“Refiriéndonos, especialmente, al caso del copropietario, agregaremos que de acuerdo con la doctrina que sostenemos, si el copropietario acredita una verdadera posesión en nombre propio, exclusiva de la posesión de sus copropietarios y contraria*

a estos, ella le sería útil para la prescripción adquisitiva, pero no si ese carácter de posesión en nombre propio y exclusivo, no fuera plenamente acreditado”.

Y, si bien se admite también -desde el punto de vista lógico- que exista coposesión a título de condominio, en este caso particular, debe existir **exclusión** de todos los condóminos salvo el coposeedor, y reconocimiento recíproco de tal carácter entre coposeedores. Pero este no es el caso que nos ocupa.

De tal suerte, en principio no existe imposibilidad lógica de usucapir en este caso; existe, sí, un grave escollo que constituye la dificultad de su prueba, el cual, independientemente de la determinación de si desde el año 1.990 (fecha en la que el usucapiente alega empezó a poseer) se mantenía o no la propiedad en condominio sobre la Fracción II, como se verá, no fue superado, pues no existen pruebas determinantes que verifiquen la satisfacción de las condiciones de hecho y derecho arriba indicadas para la procedencia de una acción de usucapición.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. De la edificación y plantación.

En lo que respecta al tajamar (única mejora cuya existencia fue constatada en el inmueble y atribuida al actor por los testigos), es menester recordar aquí que ex art. 1.982 del C.C. rige una presunción iuris tantum, a favor del titular de dominio de un inmueble, que indica que toda construcción o plantación existente en un terreno, se presume hecha por el propietario y a su costa. Por tanto, quien quiera controvertir dicha presunción legal, deberá demostrar que el hecho presumido por la ley no es el caso, mediante el aporte de prueba idónea a tal fin, el cual no constituye una mera declaración testifical sino más bien debería demostrarse -además que con testigos- con otra prueba más contundente, como sería algún comprobante, factura, presupuesto o recibo que acredite no solo la autoría sino también la fecha en la que se realizaron las mejoras.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. Prueba de la usucapición.

Cabe señalar que es igualmente llamativo que el actor no haya presentado documento alguno que permita concluir que, en los supuestos años de posesión, el mismo se ha creído y conducido como dueño del inmueble;

por ejemplo, no ha agregado ni una sola prueba que en los varios años que dice residir en el inmueble haya abonado los impuestos que gravan al mismo. La relevancia de lo mencionado radica en que, si bien no es un elemento decisivo, el abono periódico, regular y continuado por muchos años de los impuestos y tasas que gravan una propiedad que son un indicativo elocuente del cuidado que tendría que poner todo quien se sienta dueño de un inmueble con respecto a este y una muestra del celo del usucapiente. Parecidas consideraciones merecen la ausencia de facturas de luz o agua que, si bien no resultan lo suficientemente relevantes en cuanto al ánimo posesorio se refiere, no puede ignorarse que en este caso las mismas pudieron haber servido al menos de indicativo de la ocupación, y al no haberse presentado ninguna, la duda es aún mayor con respecto a la veracidad de la alegada posesión.

LEY 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión. ORDEN PÚBLICO.

Como se ha señalado más arriba, es fundamental en procesos de usucapión, en los que razones de orden público se anteponen al interés particular comprometido e imponen un criterio restrictivo en lo que refiere a la apreciación de la prueba sobre la posesión en sí, que las pruebas aportadas sean de tal precisión y claridad que permitan llevar una plena certeza al juzgador sobre la existencia y entidad de la posesión pretendida sobre el inmueble o porción del mismo. Para que la presente usucapión fuera procedente se debería haber probado, sin resquicio de duda, que el demandado no sólo poseía el inmueble, sino que esta posesión ha sido por un tiempo igual o superior al legal a la fecha de inicio de la demanda, y ello es mediante la demostración certera que la posesión había iniciado con 20 años de anterioridad al mes de noviembre de 2.016, en que se planteó la demanda, f. 88 (es decir, noviembre de 1.996).

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han sido siempre muy exigentes en el tema probatorio en las demandas de prescripción adquisitiva de dominio, probablemente porque constituye una alteración a las formas naturales de transmisión de la propiedad de un bien, y de modo tal a asegurar que solo aquel que se haya comportado como auténtico propietario del mismo, durante un tiempo superior al indicado en la Ley, tenga el beneficio, el premio, de hacerse con el derecho de dominio de la cosa. De esta manera, quien no demuestre fehacientemente la posesión por todo el transcurso de

la ley y su comportamiento como lo haría el propietario, no reciba dicho premio que –recordemos- constituye al mismo tiempo una sanción al titular registral, a quien, ante la duda, debería protegerse, pues nuestro sistema legal protege la propiedad como un bien jurídico de gran estima, sólo superado por la vida en su acepción amplia que incluye la salud y la libertad. De esta forma, el análisis de la procedencia de la usucapión debe ser estricto, y la exigencia en materia probatoria aún mayor.

Así, al no haberse podido determinar con precisión la fecha de inicio de la posesión o el carácter con el cual se ha iniciado a poseer, por falta de labor probatoria por parte de quien pretende usucapir, la acción intentada no puede ser declarada procedente. Dicho de otra manera, *“la exactitud, claridad y precisión, como condiciones sustanciales de la posesión veinteñal”*, no se encuentran reunidas en autos. Lo más prudente, y lo que manda la ley en casos como estos, es estar por la no transformación del derecho original; esto es, por la conservación del dominio en cabeza de su actual titular registral. Se concluye así, que la usucapión debe ser rechazada.

C.S.J. Sala Civil 01/02/2.023. “P.M.B.D. c/ G.F.S.B. s/ USUCAPIÓN” (Ac y Sent. N° 1).

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 recurrida?

En su caso, se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: MARTÍNEZ SIMÓN, BENÍTEZ RIERA y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN DIJO: Analizados los agravios de la Abg. E.B., en representación de la demandada, la misma ha desistido expresamente del presente recurso.

Atendiendo lo expuesto y luego del estudio de oficio de la resolución impugnada según dispone el art. 405 del C.P.C., corresponde tener por desistido al recurrente 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 LUIS BENÍTEZ RIERA, DIJO: adhiero juzgamiento al voto del Ministro preopinante, por compartir idénticas motivaciones.

A SU TURNO, EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY, DIJO: adhiero opinión al juzgamiento del señor Ministro preopinante, por idénticas motivaciones. Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: Por Sentencia Definitiva N° 414 del 12 de diciembre de 2017, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Segundo Turno, de la Circunscripción Judicial Paraguari, resolvió: *“RECHAZAR CON COSTAS, la demanda de usucapión promovida por el señor P.M.B.D. contra la señora G.F.S.B., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; UNA VEZ FIRME esta resolución, ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares decretadas y al efecto librar los oficios correspondientes a la Dirección General de los Registros Públicos; IMPONER las costas a la perdidosa; ANOTAR...”* (fs. 290/299 vlta.).

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, de la Circunscripción Judicial Paraguari, por Acuerdo y Sentencia N° 46/2021 del 30 de agosto de 2021, resolvió: *“1) DECLARAR LA NULIDAD de la Sentencia Definitiva N° 414 de fecha 12 de diciembre de 2017, dictada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Segundo Turno de Paraguari, Abg. L.O.M.; 2) HACER LUGAR a la Demanda de Usucapión promovida por el señor P.M.B.D. contra la señora G.F.S.B., de conformidad a los fundamentos expuestos en la parte medular del fallo y en la aplicación del art. 406 del C.P.C.; 3) LIBRAR OFICIO a la Dirección General de los Registros Públicos, para la inscripción de la presente resolución; 5) ANOTAR...”* (fs. 396/402).

La Abg. E.B., representante convencional de la demandada, expresó agravios en los términos del memorial obrante a fs. 416/425. En dicha presentación, aseveró que la resolución recurrida es el resultado de un razonamiento arbitrario y de un interés en favorecer a la actora, pues no es cierto que la jueza de primera instancia haya analizado indebidamente las pruebas o que su resolución sea nula. Así, afirmó que de las declaraciones testificales de los testigos propuestos por la actora surge que los mismos se han contradicho al declarar y han mentido al afirmar la existencia de construcciones, tajarar o animales en la propiedad, circunstancia que -alegó- fue

corroborada por el informe del perito del Indert, del cual se pudo constatar que no existen actos posesorios visibles por parte del actor. En este sentido, señaló que todas las pruebas, que han sido desfavorables a la actora (imágenes satelitales, declaraciones testificales, informe del perito del indert) han sido soslayadas por el voto mayoritario del Tribunal, el cual no guarda correspondencia con las testificales ofrecidas por la actora ni con el informe obrante en autos, razón por la cual es el fallo de primera instancia ha dado estricto cumplimiento al art. 159 del C.P.C. Finalmente, alega que los expedientes que obran por cuerda separada demuestran que la ocupación del usucapiente no ha sido ni pacífica ni ininterrumpida, requisito necesario para la procedencia de toda usucapión. Con base en dichas afirmaciones, solicitó la revocación del fallo recurrido, con costas a la actora.

Corrido el traslado de rigor, el actor P.M.B., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, se presentó a contestarlo (fs. 428/433). Manifestó, como primer punto, que la expresión de agravios de la recurrente no ha sido la debida, pues en dicho escrito se ha omitido realizar la crítica razonada al fallo, pues la apelante se ha limitado a repetir los fundamentos del fallo de primera instancia, sin formular de qué forma se produjo el divorcio entre la prueba producida y el fallo del tribunal. A diferencia de lo sostenido por la apelante, afirmó que la jueza de primera instancia se ha equivocado al sostener que sus testigos no conocían bien el inmueble, pues los mismos han dado suficiente explicación de las circunstancias de forma, tiempo y lugar que le autorizan a dichas declaraciones, y que la falta de uniformidad en las declaraciones responde a la libertad de la declaración del testigo, además que la adversa no ha hecho uso al careo de testigos en la oportunidad correspondiente. Insistió en que la demandada no ha logrado articular agravio real y concreto contra el fallo recurrido y que su parte ha demostrado el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la usucapión. Por lo expuesto, solicitó el rechazo de los recursos interpuestos contra el Acuerdo y Sentencia recurrido y, consecuentemente, su confirmación, así como que esta Sala Civil y Comercial declare desierto el recurso de apelación y litigante de mala fe a la abogada de la demandada.

Realizando estas consideraciones acerca de los antecedentes del caso que motivan la revisión del fallo en esta instancia, es dable afirmar que el conflicto que involucra a las partes se circunscribe, en apretadísima sínte-

sis, a una usucapión pretendida sobre un inmueble perteneciente a la actora, promovida por el demandado a los efectos de lograr la titularidad del mismo a su favor.

Como primer punto, se impone el estudio del pedido de declarar desierto los recursos, realizado por el actor/apelado al momento de contestar el traslado de los agravios.

A los efectos de determinar si la expresión de agravios del apelante es adecuada, debe sencillamente resolverse si la misma cumple con los requisitos mínimos exigidos para que este órgano judicial se encuentre en condiciones de pronunciarse sobre el mérito de la pretensión recursiva o, lo que es lo mismo, sobre si esta es o no fundada, requisito que se considerará cumplido cuando la pretensión procesal, en razón de su contenido, resulte apropiada para obtener una decisión favorable a quien la ha interpuesto.

El art. 419 del C.P.C. impone, en cuanto a la *forma* de fundamentación de los recursos, que el recurrente realice una crítica razonada de la *resolución impugnada*. Desdoblando este artículo surge que el mismo contiene dos normas básicas: 1) el recurrente debe *criticar el fallo*, lo que implica obviamente referirse al mismo y a sus argumentos, y 2) que la crítica debe ser razonada, lo que significa que se debe intentar refutar lógica y jurídicamente los argumentos dados por el juzgador, a fin de demostrar que el mismo carece de *razones jurídicas* para llegar a la conclusión a la que llegó y que *por ese motivo* no se ajusta a derecho.

En atención a lo señalado, considero que el pedido realizado por el apelado debe ser rechazado. Ello es así puesto que, de la expresión de agravios en cuestión (fs. 416/425), surge que la recurrente ha realizado una *crítica* suficiente al fallo recurrido, señalando los motivos que tiene para considerarlo injusto o viciado. Por ello, estando esta Sala en condiciones de pronunciarse sobre el mérito de la pretensión recursiva, no procede la declaración de deserción de los recursos.

Se trata de determinar, entonces, la procedencia -o no- de una acción de usucapión, basada en la prescripción adquisitiva del art. 1989 del Código Civil, usucapión larga.

Antes de pasar al estudio de la resolución en revisión, así como los méritos de las posiciones jurídicas de las partes y las pruebas por ellas aportadas, corresponde realizar una brevísima síntesis del conflicto que involucra a las partes y los hechos del mismo. Para ello resulta necesario remitirse a los escritos de demanda y contestación a efectos de determinar la manera

en la que la *litis* ha sido trabada con respecto a la acción que se discute en esta instancia.

En el escrito de demanda (fs. 84/88), el actor P.M.B.D., planteó una acción de usucapión. Alegó que desde hace más de 26 años, específicamente desde el año 1990, viene poseyendo para sí el inmueble individualizado como Matrícula N° J13/1620 del Distrito de Ybycui, sin haber sido molestado en su posesión por persona alguna. Expresó que en el mismo ha introducido mejoras ostensibles, como haber cercado toda la propiedad e instalado enseres necesarios para el ejercicio de la actividad ganadera. Afirmó que es igualmente propietario del inmueble colindante, individualizado como Finca N° 3878 del mismo distrito. Finalmente, mencionó que tanto su inmueble como el colindante, que pretende usucapir, totalizan una superficie de 117 has. y se encuentran arrendados por terceros desde el año 2011.

La demandada se presentó a contestar el traslado (fs. 181/184), alegando que la acción de usucapión presentada deviene improcedente. Expresó que el tiempo de posesión requerido para usucapir no se ha cumplido, pues la finca se encontraba en condominio de los herederos de H.P., (entre los que se encuentra el actor) hasta el año 2008, circunstancia que impide el cómputo de la posesión hábil para usucapir durante dicho período de tiempo. Indicó que en las tomas fotográficas agregadas se visualiza que no existen en el inmueble mejoras realizadas por el actor, lo que demuestra la insuficiencia del *animus domini*, y que esta usucapión fue planteada únicamente en respuesta a una acción de deslinde promovida por su parte con respecto a dicho inmueble. Alegó también que la posesión del demandado no fue pacífica, pues su parte ha demandado a la madre del mismo por obligación de hacer escritura pública y que desde su adquisición ha abonado todos los impuestos correspondientes a la propiedad. Asimismo, manifestó que los contratos de locación son únicamente respecto al inmueble propiedad del actor y no así del inmueble que pretende usucapir.

Deteniéndonos primero en lo resuelto por la jueza de primera instancia, vemos que aquella entendió que la demanda de usucapión no era procedente, pues consideró que el usucapiente no había acreditado, suficientemente, que los requisitos para la procedencia de la usucapión se encontraban cumplidos y que, por tanto, la titularidad del bien debía mantenerse invariable.

A su turno, el órgano de alzada -con voto mayoritario- declaró la nulidad de lo resuelto por la jueza de primer grado y concluyó, al momento de

dictar fallo sustitutivo, que en el presente caso la usucapión debe prosperar. Al respecto, sostuvieron que las pruebas diligenciadas por el usucapiente han sido suficientes para acreditar su posesión pacífica e ininterrumpida por más de 20 años, y que el mismo se ha comportado como dueño de dicha propiedad. En este sentido, ordenaron la inscripción de dicho inmueble a su favor.

Hecho este brevísimo resumen de la situación que dio pie a este juicio y que motivan la apertura de esta instancia, corresponde abocarnos al estudio de las pretensiones de las partes.

Inicialmente se debe señalar que la prescripción adquisitiva puede darse de dos formas: la corta y la larga, designaciones que aluden al menor tiempo que se requiere para su cumplimiento en la primera (art. 1990 del C.C.), frente al más prolongado necesario en la segunda (art. 1989 del C.C.). En autos, la pretendida por el demandado —apelante en esta instancia— es la última.

La prescripción adquisitiva —usucapión larga— se contempla en el art. 1989 del Código Civil y es definida de la siguiente manera: *“El que poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad de título ni de buena fe, la que en este caso se presume. Podrá pedir el juez que así lo declare por sentencia, la que servirá de título de propiedad para su inscripción en el Registro de Inmuebles”*.

La usucapión deriva del latín *usus* y *capere* que significa adquirir por el uso. Es decir, que es un modo de adquirir el dominio por la posesión de un bien por un determinado plazo establecido en la ley. Algunos autores sostienen que el fundamento de la prescripción adquisitiva —al igual que el de la liberatoria— es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, puesto que las mismas, dando certeza a los derechos, ponen fin a situaciones que, de alguna manera, son consideradas inestables, con lo cual se contribuye a la paz y el orden social (MARIANI DE VIDAL, Marina. 2004. *Derechos Reales*. Séptima Edición. Buenos Aires. Editorial Zavallía, p. 324). A este fundamento se le agrega también un profundo contenido social, puesto que, frente al no uso de las cosas por parte del propietario, se le hace perder el derecho, confiriéndoselo al que realmente las hace producir.

Así pues, debemos recordar que los presupuestos de procedencia de una demanda de usucapión larga, a diferencia de la prescripción decenal que requiere justo título y buena fe, son cuatro:

- 1) La **individualización** clara y correcta del inmueble,-
- 2) que el accionante haya sido **poseedor con ánimo de dueño** del inmueble pretendido durante, por lo menos, **20 años** de forma ininterrumpida, por lo que este debe demostrar el cumplimiento del tiempo requerido por la ley,
- 3) que la posesión haya sido de forma **ininterrumpida**, y-
- 4) que, durante dicho tiempo **no haya existido oposición** a la posesión que detente el usucapiente, quien debió haber ejercido el señorío propio del titular de dominio, o *“inherente al propietario”* (art. 1909 C.C.) o dueño de la cosa.

Pues bien: a criterio de esta Magistratura, las pruebas obrantes en el proceso no logran acreditar la concurrencia de los requisitos de la usucapión.

No ofrece mayor dificultad la **individualización** de la cosa ni la **ocupación** del recurrente, requisitos que se encuentran acreditados tanto en el escrito de promoción de la usucapión (f. 85, 2do párrafo), el plano de fraccionamiento (fs. 62/63.) y las declaraciones testificales obrantes a fs. 237/243 vlt. De hecho, esta última es una cuestión que no se controvierte en autos, puesto que la demandada, en su escrito de contestación, no ha negado que el inmueble se encuentre ocupado/explotado por el actor, sino más bien ha discutido la calidad y la antigüedad de dicha posesión, pues afirma que el actor, propietario del inmueble colindante al que se pretende usucapir, ha utilizado el inmueble como camino para llegar a su propiedad (fs. 182 de los autos principales, y 9a y 10a posiciones de la absolución de posiciones obrante a fs. 15/16 del cuadernillo “Confesoria de la demandada”, agregado por cuerda).

Constatada la ocupación, se constata también la legitimación para solicitar la prescripción adquisitiva de dominio sobre el inmueble ocupado sin que ello importe, de por sí, que la acción deducida para hacer efectivo ese derecho vaya a tener acogida favorable. En este sentido, para que la usucapión sea procedente, la ley exige como requisito esencial la existencia de una **posesión ininterrumpida** por lo menos de 20 años, que otorgarían al actor no propietario, de reunirse los demás requisitos, el derecho de adquirir el dominio del inmueble por prescripción adquisitiva legal.

No se plantean mayores inconvenientes para determinar la naturaleza de la ocupación cuando el que detenta el bien es el titular del derecho de dominio -esto es, su propietario- pues, en este caso, el poder del que está investido este le otorga, de por sí, el derecho de propiedad correspondiente (art. 1954 del C.C.). La discusión se abre, empero, cuando quien se encuentra en contacto directo con el bien es persona distinta a su titular propietario.

Como es lógico, planteada así la cuestión, es inevitable abordar -en brevísimo resumen- el histórico debate entre Savigny e Ihering, respecto del concepto asumido por cada uno de ellos con relación a la *posesión* para así poder determinar, posteriormente, el carácter del *poder de hecho* ejercido por la accionante sobre el inmueble en cuestión.

La teoría subjetiva de Savigny parte de la idea romana de que la posesión se adquiere mediante la conjunción de dos elementos: a) el *corpus* o elemento material consistente en el poder físico ejercido sobre la cosa o posibilidad de disponer de ella; y b) el *animus domini* elemento espiritual, que es la voluntad de tener la cosa para sí y como dueño. *“En efecto, cualquier detentación para poderse modificar en posesión, debe ejercerse con intención, esto es, que para ser poseedor es preciso no solo que haya retención sino también voluntad de que la haya. Esta voluntad debe ir acompañada de la retención”*. (VON SAVIGNY, Friedrich K. 1845. *Tratado de la Posesión según los Principios del Derecho Romano*. Madrid. Imprenta de la Sociedad Literaria y Topográfica. p. 56). Así, este autor considera esta voluntad como la intención de hacer con la cosa aquello que podría legalmente hacer su propietario y, sin reconocer positivamente en otro, el carácter de propietario. De esta forma, para que esa detentación se convierta en posesión, no basta con querer detentar la cosa, sino que es preciso quererlo de una manera determinada (de ahí que su teoría haya sido calificada como subjetiva).

Por otra parte, la teoría objetiva de Ihering rechaza los catálogos de actos posesorios de Savigny y se funda, principalmente, en las exigencias de la práctica jurídica, sobre todo en el aspecto de la prueba. Así, sostiene el jurista alemán: *“Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus, concurren, se tiene siempre posesión, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia. Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la*

*relación posesoria (el corpus), que, como tal, implica el animus, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia absoluta, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia relativa, la existencia de una de las causas detentionis, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sostener la existencia de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la no existencia...Según mi teoría, la posesión es una relación determinada, que existe donde quiera y siempre mientras el adversario no pruebe lo contrario, invocando al efecto un principio de derecho que considere excepcionalmente como simple tenencia la relación dicha” (VON IHERING, Rudolf. 1896. *La Voluntad en la Posesión. Con la Crítica del Método Jurídico Reinante*. Versión Española de Adolfo Posada. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación. ps. 24 y 31). De esta manera, en principio todo *corpus* hace presumir la posesión; sólo la prueba de una *causa detentionis* (es decir, una relación jurídica excluyente de la posesión) destruye dicha presunción. La prueba entonces, conforme la postura desarrollada por Ihering, compete al que niega la posesión quien debe probar la existencia de una causa jurídica que descarte la aludida posesión, puesto que, en dicho escenario, solo existirá tenencia, según la nomenclatura anterior. Ello, debido a que basta acreditar el *corpus* para que se presuma la posesión. En una palabra: no niega Ihering que muchos poseedores tengan *animus domini*, simplemente niega que esta circunstancia subjetiva pueda tener relevancia directa para decidir,⁶ por ejemplo, en un juicio de usucapión como el que se plantea en autos.*

La distinción realizada entre ambas teorías no pretende ser una mera discusión doctrinal. Al contrario, resulta indispensable realizarla a efectos de establecer la base y los fundamentos que motivan cada una de ellas, ante la circunstancia que nuestro ordenamiento jurídico adopta la **teoría objetiva de la posesión**, esta es, la desarrollada por Ihering: “*Ha de bastar la mera lectura del presente artículo para comprender que abandonamos la*

⁶ DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique. El “Corpus” y el “Animus” la polémica Savigny – Ihering. p. 54. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/16/el-corpus-y-el-animus-la-polemica-savigny-ihering.pdf>

teoría subjetiva de la posesión de Savigny, en que se inspiran los arts. 2351, 2373, 2374, etc., del Código Argentino; ... y que optamos por la teoría objetiva de Ihering, caracterizada fundamentalmente por la reducción del concepto jurídico de la posesión a solo el señorío efectivo o de hecho sobre la cosa” (DE GASPERI, Luis. 1964. *Anteproyecto de Código Civil*. Asunción. Editorial El Gráfico. Comentario al art. 2516. p. 786).

En efecto, el art. 1909 del Código Civil establece: “*Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera*”. De ello destacamos dos elementos esenciales para determinar si una persona puede ser o no considerada como poseedor de un bien conforme a la ley, cuales son: 1) el poder físico sobre la cosa, se refiere al vínculo fáctico entre la persona y la cosa, y 2) tal poder debe ser inseparable al del propietario (o al titular de otro derecho real, en su caso). Este segundo punto resulta ser controversial en los juicios de usucapión dado que a la luz de la *teoría objetiva* la expresión “*inherente al propietario*” refiere a la relación física o exteriorizada del sujeto con las cosas bajo su posesión y, conforme a dicho comportamiento, comúnmente se le otorgaría la titularidad del derecho sobre ellas.

Ahora bien, al razonar sobre la terminología usada por nuestro C.C. entiendo que, a pesar de adoptar la **posesión objetiva de Von Ihering**, ella no ha sido adoptada de manera pura y absoluta, pues desde el momento que la ley utiliza la expresión “*inherente al propietario o al titular de otro derecho real que lo confiera*”, está haciendo una clara referencia al *animus* que debe observar el sujeto según sea el caso, en el primer supuesto –*inherente al propietario*–, como verdadero dueño de la cosa, y en los demás casos como titular de otros derechos reales. Por ende, cuando el art. 1989 del C.C. indica igualmente que la usucapión procede a favor del poseedor, lo está haciendo siempre y cuando este cumpla con el ánimo de tener la cosa para sí, es decir, con el ánimo “*inherente al propietario*” ya que, de otro modo, el sistema no sería coherente, pues permitiría a cualquier tipo de poseedor – de los varios que regula el C.C., léase mediato e inmediato por una parte y originario y derivado, por la otra- a ser declarado propietario por la vía de la usucapión, cuando que tal declaración debe limitarse, por el carácter restrictivo y excepcional de esta forma de adquisición del inmueble que debe limitarse sólo al poseedor que haya reunido ciertas condiciones, y no a cualquiera que tenga una vinculación física con la cosa.

Por otra parte –reitero, a pesar de la adopción de la teoría objetiva de Von Ihering- finalmente el C.C. termina adoptando también un sistema que evidencia distintos tipos de posesiones. Una evidencia de esto tenemos en el art. 1921 del C.C. antes citado, que indica claramente la posibilidad de *invertir* el título de la posesión, indicándose que es el poseedor el que debería demostrar indudablemente el cambio del carácter de su posesión, presumiéndose que “*la posesión conserva el mismo carácter con que fue adquirida*”. Ergo, si la ley habilita a probar el cambio de carácter de la posesión, indica implícitamente que esta puede tener, por lo menos, dos caracteres: posesión “*por sí y como propietario de la cosa*” o posesión por otro, lo que claramente cuadra con el criterio sustentado y explicado previamente. Así la posesión, además de ser clara, indudable, manifiesta y palpable en los casos de usucapión, debe revestir el primero de los caracteres: ser ejercida **por sí y como propietario de la cosa**.

Realizadas estas consideraciones, corresponde abocarnos a los hechos del caso que motivan las acciones que son objeto de revisión en alzada. Como hemos dejado asentado, para determinar su procedencia –o no- es necesario conocer la situación jurídica de fondo a fin de determinar si la detentación física ejercida por el actor es hábil para usucapir.

Entiendo que lo sustancial en este caso, en el que se plantea una prescripción adquisitiva de dominio, gira en torno a la calidad con la cual ingresara al inmueble, objeto de la litis, P.M.B., ya que dicha calidad, no varía, salvo que excepcional y palmariamente se demuestre lo que se conoce como interversión del título.

El actor afirmó, tanto en su escrito de contestación de demanda como al absolver posiciones (fs. 84 y 214 vlt.), que posee el inmueble con *animus domini* hace más de 26 años, lugar donde realizó mejoras para la explotación ganadera, y donde actualmente tiene alambrados y los enseres necesarios para dicha actividad (f. 85).

Ahora bien, de tratarse efectivamente de una posesión iniciada ya en 1990 y de un inmueble colindante a su propiedad, como lo señala el actor, la exigencia probatoria debe ser aún mayor. En definitiva, el usucapiente debió haber aportado pruebas pertinentes que, en conjunción con las manifestaciones de los testigos con respecto a su ocupación y sus propios dichos, puedan eliminar cualquier duda con respecto a si, efectivamente, su posesión, además de ser con ánimo de dueño, ha iniciado en el año mencionado.

Debo insistir en el hecho que el que pretende la adquisición del dominio de un inmueble por prescripción debe probar, de forma fehaciente, cómo y cuándo comenzó a poseer. La determinación de la fecha de inicio de posesión es indispensable, pues, amén que la actividad probatoria debe versar también sobre este punto, de ella debe computarse la fecha de inicio del cómputo del plazo a efectos de tener por cumplido el tiempo de veinte años que exige el art. 1989 del Cód. Civil.

En este punto, resulta oportuno recordar lo dispuesto por el art. 249 del Cód. Procesal Civil que impone, en cabeza de quien afirma la existencia de un hecho controvertido, el deber de probar el mismo. Asimismo, quien pretende usucapir debe probar los hechos que fundan su pretensión y que, en estos casos, se circunscriben al cumplimiento de los cuatro requisitos ya mencionados que establece la ley para su procedencia entre los que se destaca, lógicamente, la antigüedad de la posesión. Así, teniendo en cuenta estos parámetros, es oportuno analizar la labor probatoria del actor, habiéndose controvertido el hecho que el mismo posea efectivamente el inmueble por el término legal establecido (ver contestación de traslado).

A fin de hacer más comprensible el análisis mencionado, haremos previamente un breve relato de los hechos relevantes acontecidos a través del tiempo en relación al inmueble en litigio, conforme a las constancias del Exp. “P.M.B.D. S/ DILIGENCIAS PREPARATORIAS”, agregado por cuerda separada a estos autos:

Año 1959: el 1 de setiembre de 1959 fue presentada para su inscripción un testimonio de Escritura del 21 de agosto de 1959, autorizada por el Escribano M.I., por medio de la cual M.E.V.C. y F.C., transfirieron a R.T.C. una “fracción de campo de una propiedad”, Padrón N° 2169, con una superficie, según cálculo aproximado, de 406 has. (fs. 28/30).

Año 1961: el 2 de enero de 1962 fue presentada para su inscripción un testimonio de Escritura del 29 de diciembre de 1961, autorizada por el Escribano M.D.C., por medio de la cual R.T.C. transfirió a H.B., la misma “fracción de campo de una propiedad” de 406 has., inscripta como Finca N° 1620, Padrón N° 2169 (fs. 30 vlta./32 vlta.).

Año 1981: el 1 de setiembre de 1981 se inscribe la adjudicación en condominio del inmueble en cuestión a favor de los herederos de H.B., quienes eran M.C.B, F.P. M., L, E, A. A., D.B., M.B., J., H., L., S., D., A., R. y C.B., (fs. 32 vlta./34).

Año 1983: la Finca N° 1620 fue objeto de un juicio de partición de condominio individualizado como “L.B. Y OTROS C/ P.M.B. Y OTROS S/ PARTICIÓN DE CONDOMINIO” y fraccionada en seis partes, de las cuales se adjudicó a P.M.B.D. la “Fracción III” de dicha propiedad, inscrita en los Registros como Finca N° 3878 del Distrito de Ybycuí el 28 de junio de 1983 (fs. 9/12 vlta.)

Año 1988: en el marco del mencionado juicio fue dictado el A.I. N° 967 del 15 de noviembre de 1988, firmado por el entonces Juez J.R.B.J., por medio del cual se adjudicó a E.S., una fracción de la mencionada Finca N° 1620, individualizada como “Fracción II” (f. 39 vlta.). por compra hecha a los herederos de H.B., (f. 38 y constancias del juicio: RECONSTITUCIÓN DEL EXPTE.: A.P.S., Y OTROS C/ M.C.B., Y OTROS S/ OBLIGACIÓN DE HACER ESCRITURA PÚBLICA”).

Año 2008/2009: fue expedido el Certificado de Adjudicación de la Fracción II de la Finca N° 1620 a favor de E.S., el 26 de febrero de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de la Niñez y Adolescencia de Paraguari. La expedición del correspondiente Certificado fue ordenada por A.I. N° 432 del 15 de setiembre de 2008, firmado por el Juez M.M., luego de un proceso de reconstitución del expediente de Partición de Condominio mencionado en el párrafo precedente. Posteriormente, por A.I. N° 31 del 26 de febrero de 2009, el mismo Juez ordenó la rectificación del Certificado de Adjudicación en cuanto a las dimensiones y linderos indicados del inmueble, quedando establecida la superficie de la fracción II en 27 has. 8983 m2 (f. 39).

Año 2011: Luego del fallecimiento de E.S., e iniciado el juicio sucesorio, por A.I. N° 651 del 12 de mayo de 2011 se adjudica a favor de la demandada G.F.S.B., la Fracción II de la Finca N° 1620 y se expide el correspondiente Certificado de Adjudicación a su favor. El inmueble se inscribe el 8 de julio de 2011 como Matrícula N° J13/1620 del Distrito de Ybycui (fs. 49/vlta.).

Año 2014: en el marco del juicio sucesorio de A.A.B.D., esposo de la demandada, se adjudican los derechos que le corresponden al mismo con respecto a la Matrícula N° J13/1620 en su totalidad a G.F.S.B., y se expide el correspondiente Certificado de Adjudicación a su favor el 30 de abril del 2014 (f. 56).

Vemos entonces que, en síntesis, la fracción que se pretende **usuucupar** es el resultado de un proceso de partición en el cual un inmueble fue

dividido en 6 fracciones menores, siendo uno de ellos la res litis. Dicho inmueble pertenecía en condominio a los herederos de H.B., siendo uno de ellos el actor P.M.B., Asimismo, surge que en 1988 el inmueble (Fracción II) fue adjudicado a E.S., (padre de la demandada), adjudicación que motivó, 20 años después, la expedición del correspondiente Certificado de Adjudicación e inscripción de dicha fracción a su favor. Luego de su fallecimiento, la fracción (individualizada como Matrícula N° J13/1620 del Distrito de Ybycui) fue adjudicada a la demandada en carácter de heredera.

Tanto la demandada como el voto minoritario del Tribunal han mencionado, como fundamento para el rechazo de la demanda, la cuestión de la **propiedad en condominio** del inmueble. En efecto, han sostenido que, hasta el año 2008 -el año de la expedición del Certificado de Adjudicación-, el inmueble seguía siendo propiedad en condominio de los **herederos de H.B.**, y que, por esa razón, se encontraba vedada la posibilidad de usucapir para el actor hasta dicha fecha.

Sin ánimo de entrar a precisar cuestiones específicas sobre la propiedad en condominio o, lo que es más importante, la fecha de su terminación en este caso específico, como primera interrogante debe abordarse la posibilidad de usucapir cuando el inmueble se encuentra en una **situación de condominio**, pues resulta que, una rápida lectura del art. 2083 del C.C. podría conducir a concluir, de manera apriorística, que tal posibilidad se encuentra excluida.

En este sentido, el **art. 2083** citado, menciona: Hay condominio cuando dos o más personas comparten el dominio de una misma cosa mueble o inmueble por contrato, actos de última voluntad, o disposición de la ley, sin que ninguna de ellas pueda excluir a la otra en el ejercicio del derecho real proporcional inherente a su cuota parte ideal en la cosa, ni de otro modo que el estatuido por el presente Código. No es condominio la comunidad de bienes que no sean cosas.

La razón por la cual la demandada insiste en que la situación del condominio impide usucapir surge, a su entender, de la redacción de este artículo y, en especial, de la parte que reza *“sin que ninguna de ellas pueda excluir a la otra en el ejercicio del derecho real proporcional inherente a su cuota parte ideal en la cosa, ni de otro modo que el estatuido por el presente Código”*. Sin embargo, un análisis más detenido permite descartar tal hipótesis, y decantarse por la conclusión afirmativa.

En efecto, debe anotarse que el condominio importa un derecho de propiedad de cada condómino sobre una *parte alícuota* de la cosa, que se define de modo ideal y abstracto, no material. La propiedad de la cosa, en otros términos, no corresponde a cada uno de los copropietarios individualmente considerados, sino a todos ellos en común, cada uno por una parte indivisa de ella. Esto es, la parte alícuota se presenta en porcentajes, y como tal, solo afecta a la cosa de manera inteligible, pero no material.

En contraposición con ello, la posesión es, por sí misma, una situación de hecho, por lo que solo puede afectar a la cosa de manera material. En efecto, nuestra misma ley define al poseedor como “*quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera*” (art. 1909 del C.C.). Así, para que exista posesión en el concepto legal de esta palabra, es necesario el concurso de dos condiciones: a) detención de la cosa bajo el poder de una persona (elemento material) y b) que esta detención se efectúe con la intención del poseedor de comportarse con respecto a ella como propietario de ella (elemento intelectual).⁷ Entonces, la posesión, entendida como el derecho del poseedor de tener la cosa sometida a la voluntad, de usarla y aprovecharla, no puede ser definida de manera ideal sobre partes alícuotas, sino que se ejerce sobre el todo.

En razón de contraste, se tiene que desde el plano lógico no existe incompatibilidad entre ambas nociones; antes bien, pueden ser superpuestas, pero con condiciones especiales.

En efecto, el condómino, para usucapir, debe excluir correlativamente a los demás del ejercicio de su derecho real; es decir, debe ejercer actos posesorios tales que obstan a que los demás condóminos disfruten de la cosa, sea de manera mediata o inmediata: “*La posesión (como condición de la prescripción adquisitiva) debe ser, no sólo una posesión ejercida a título de dueño, sino también en carácter de exclusivo propietario de la cosa. Si, por el contrario, la posesión se ejerce en carácter de condómino o de coheredero, por lo mismo que se reconoce en otros un derecho de condominio o de comunidad hereditaria, la posesión no podrá servir de base para la prescripción*

⁷ SALVAT, R., 1.951, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, T.I. 4. ed, Bs. As, p. 32.

contra estos últimos. Distinto sería en el caso de alegarse por el condómino o coheredero una posesión exclusiva".⁸

En tal escenario, aunque exista un porcentaje ideal en cabeza de cada condómino, éstos deben encontrar impedida la realización de tal porcentaje, sobre la parte de la cosa que fuera o, lo que es lo mismo, que uno de los condóminos alegue una posesión exclusiva sobre la cosa "*Refiriéndonos, especialmente, al caso del copropietario, agregaremos que de acuerdo con la doctrina que sostenemos, si el copropietario acredita una verdadera posesión en nombre propio, exclusiva de la posesión de sus copropietarios y contraria a estos, ella le sería útil para la prescripción adquisitiva, pero no si ese carácter de posesión en nombre propio y exclusivo, no fuera plenamente acreditado*".⁹

Y, si bien se admite también -desde el punto de vista lógico- que exista coposesión a título de condominio, en este caso particular, debe existir **exclusión** de todos los condóminos salvo el coposeedor, y reconocimiento recíproco de tal carácter entre coposeedores. Pero este no es el caso que nos ocupa.

De tal suerte, en principio no existe imposibilidad lógica de usucapir en este caso; existe, sí, un grave escollo que constituye la dificultad de su prueba, el cual, independientemente de la determinación de si desde el año 1990 (fecha en la que el usucapiente alega empezó a poseer) se mantenía o no la propiedad en condominio sobre la Fracción II, como se verá, no fue superado, pues no existen pruebas determinantes que verifiquen la satisfacción de las condiciones de hecho y derecho arriba indicadas para la procedencia de una acción de usucapición.

En efecto, analizando las pruebas diligenciadas por el usucapiente, vemos que constituyen mayormente documentales y declaraciones testificales diligenciadas en el 2017. En estas últimas, los testigos ofrecidos fueron preguntados, principalmente, sobre el estado del inmueble que se pretende usucapir, la existencia de mejoras, la antigüedad y la autoría de las mismas (fs. 234/235).

8 SALVAT, R., Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, T. II, 4. Ed, Bs. As p. 248.

9 Ibid. Ps. 252-253.

Con respecto a la antigüedad de la posesión, las declaraciones fueron prestadas de manera dispar, afirmando F.R.J., que el actor posee el inmueble hace 10 años (f. 237), Z.F., dijo que entre 25 y 30 años (f. 239), y L.J., afirmó que aproximadamente desde el año 1980 o 1981 (f. 241). Ello debe ser considerado junto con la circunstancia que el actor es propietario del inmueble que linda con la res litis y contrastado con las declaraciones testificales de los testigos ofrecidas por la demandada, quienes declararon que el actor solo puede acceder a su propiedad pasando por la de la demandada (fs. 216/2020).

Igualmente, al promover la demanda reconvenzional, el demandado afirmó que durante los años que ha poseído el inmueble ha realizado mejoras en el mismo. No obstante, llama poderosamente la atención las declaraciones de los testigos con respecto a las mismas.

La primera testigo, F.R.J., quien es esposa de un empleado del actor, declaró que en el inmueble existe un corral, una casa grande y un tajamar, ambos realizados por el usucapiente, y que el inmueble se encuentra completamente alambrado, por orden de P.B., (fs. 238 y vlta.). Por su parte Z.F.C., y L.J., afirmaron igualmente que la propiedad se encuentra totalmente alambrada, que tiene un tajamar, brete y pastura realizados por P.B., pero que los trabajos de alambrado fueron realizados a pedido de E.B., y de la familia A., (fs. 239 y 241 vlta.). Asimismo, L.R., respondió en los mismos términos, afirmando que el actor realizó mejoras consistentes en una casa, corral, lagunas y pasturas, y que el alambrado fue realizado para la señora E.B., (fs. 234 y vlta.).

Con respecto al alambrado, B.C., F.C., y E.C., testigos ofrecidos por la demandada han manifestado, de manera uniforme, que el alambrado fue realizado por orden de M.D., y A.B., (fs. 216/220, 7a. pregunta); no obstante, han afirmado, a diferencia de los testigos de la actora, que la propiedad que se pretende usucapir no se encuentra alambrada de manera completa, sino únicamente en tres de sus lados (5a. pregunta). Igualmente, al ser preguntados sobre si el terreno tiene vivienda, corrales u otras comodidades que haga habitable el inmueble, los tres testigos han declarado que en el inmueble no existen tales mejoras (9a. pregunta).

Vemos entonces, que, por un lado, los testigos del actor han afirmado que existen varias mejoras (casa, tajamar, corral) y que todas ellas fueron realizadas por P.B., además que el inmueble se encuentra alambrado en su totalidad. Pero los testigos de la demanda, quienes fueron contratados en el

año 2000 para la realización del alambrado, han afirmado que tales mejoras no existen y que el inmueble se encuentra alambrado de forma parcial, en tres de sus lados. Se hace necesario, pues, recurrir a otros medios de prueba para determinar la veracidad de lo declarado por los testigos.

A fs. 224 obra un Acta de Constitución Judicial en el cual el Juzgado, en presencia de las partes y sus representantes, dejó constancia de lo siguiente: que en el inmueble no existe casa-habitación, que se utiliza para pastaje de animales, que no existen cultivos en el mismo, que existe un tajamar y que el inmueble se encuentra alambrado parcialmente, y no en su totalidad. Dicha descripción condice con el informe técnico agregado por el mismo actor al promover la demanda, en el que se indica que en el inmueble se observa “*ningún desarrollo en la misma, solo campo natural y cauces hídricos*” (f. 61) y con el informe técnico presentado por el Lic. Narciso Sánchez (funcionario del INDERT) a pedido del Tribunal de Apelaciones como medida de mejor resolver, en el que se menciona: “*La línea lado OESTE, punto C.D. sin alambrado, forma un todo con la Fracción III*” (f. 331).

En estas condiciones, surge patente que las declaraciones de los testigos ofrecidos por el actor en lo que respecta a las mejoras deben ser descartadas para su consideración, pues no se ajustan a la situación real del inmueble.

En lo que respecta al tajamar (única *mejora* cuya existencia fue constatada en el inmueble y atribuida al actor por los testigos), es menester recordar aquí que *ex art.* 1982 del C.C. rige una presunción *iuris tantum*, a favor del titular de dominio de un inmueble, que indica que toda construcción o plantación existente en un terreno, se presume hecha por el propietario y a su costa. Por tanto, quien quiera controvertir dicha presunción legal, deberá demostrar que el hecho presumido por la ley no es el caso, mediante el aporte de prueba idónea a tal fin, el cual no constituye una mera declaración testifical sino más bien debería demostrarse -además que con testigos- con otra prueba más contundente, como sería algún comprobante, factura, presupuesto o recibo que acredite no solo la autoría sino también la fecha en la que se realizaron las mejoras.

Como se mencionó, además de las testificales la actora ha agregado instrumentales, entre las que puede destacarse, en lo que respecta a la posesión, dos contratos de locación celebrados con terceros. Empero, los mismos corren la misma suerte que las testificales, pues no son hábiles para aportar información sobre la antigüedad de la posesión.

En efecto, si bien debe anotarse que la celebración de un contrato en carácter de locador por el usucapiente es un acto material que exterioriza *animus domini*, desde que permite posicionar al locador como poseedor mediato de la cosa, sin autorización del propietario, en este caso, dichos contratos no tienen incidencia para los fines pretendidos pues además de la circunstancia de que en el texto de los mismos únicamente se individualiza el inmueble del actor, el primero de ellos data recién del año 2011 y el segundo, del 2016 (fs. 66/70). Considerando que la demanda fue planteada en el año 2016, los mismos deben igualmente ser descartados, sin mayores consideraciones.

Así las cosas, vemos que los elementos aportados por el accionante no permiten establecer, ni por asomo, la fecha en la que él mismo ingresó al inmueble y así, poder determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo. Si bien es cierto que dos de los testigos afirman la posesión del usucapiente por un plazo igual o mayor a 20 años al promover la acción, ninguno de ellos es suficiente para tener por probada la fecha mencionada o, lo que es más importante, el carácter con el que empezó a poseer, pues no debe olvidarse que el actor, quien pretende usucapir, es propietario colindante de las res litis y, por tanto, cualquier alegación de posesión debe demostrarse que es realizada, de manera indubitable, únicamente con respecto al inmueble a ser usucapido. Ello es de suma importancia pues, en casos como el presente, debe eliminarse toda duda con respecto a si lo dicho por los testigos surge de una confusión o una indebida apreciación sobre si la posesión del actor de su inmueble sea extendida también a la del vecino. Además, como bien sabemos, la prueba testimonial tiene un valor importante en este tipo de juicios, pero de igual manera debe ser apoyada por otros medios probatorios¹⁰, y dicha exigencia probatoria se vuelve aún mayor en situaciones como la que se presenta en este juicio.

Cabe señalar que es igualmente llamativo que el actor no haya presentado documento alguno que permita concluir que, en los supuestos años de posesión, el mismo se ha creído y conducido como dueño del inmueble;

¹⁰ “Del total de testimonios en armonía con la masa general de pruebas aportadas al proceso, le resultan al juez un conjunto de elementos de prueba, que se dan mutuo apoyo en una relación armónica de secuencias, que le aportan la certeza histórica necesaria para resolver el entuerto, dándoles completa credibilidad y plena eficacia probatoria”. DEVIS ECHANDÍA, Teoría general de la prueba judicial, t. II, p. 271.

por ejemplo, no ha agregado ni una sola prueba que en los varios años que dice residir en el inmueble haya abonado los impuestos que gravan al mismo. La relevancia de lo mencionado radica en que, si bien no es un elemento decisivo, el abono periódico, regular y continuado por muchos años de los impuestos y tasas que gravan una propiedad que son un indicativo elocuente del cuidado que tendría que poner todo quien se sienta dueño de un inmueble con respecto a este y una muestra del celo del usucapiente. Parecidas consideraciones merecen la ausencia de facturas de luz o agua que, si bien no resultan lo suficientemente relevantes en cuanto al ánimo posesorio se refiere, no puede ignorarse que en este caso las mismas pudieron haber servido al menos de indicativo de la ocupación, y al no haberse presentado ninguna, la duda es aún mayor con respecto a la veracidad de la alegada posesión.

Como se ha señalado más arriba, es fundamental en procesos de usucapión, en los que razones de orden público se anteponen al interés particular comprometido e imponen un criterio restrictivo en lo que refiere a la apreciación de la prueba sobre la posesión en sí, que las pruebas aportadas sean de tal precisión y claridad que permitan llevar una plena certeza al juzgador sobre la existencia y entidad de la posesión pretendida sobre el inmueble o porción del mismo. Para que la presente usucapión fuera procedente se debería haber probado, sin resquicio de duda, que el demandado no sólo poseía el inmueble, sino que esta posesión ha sido por un tiempo igual o superior al legal a la fecha de inicio de la demanda, y ello es mediante la demostración certera que la posesión había iniciado con 20 años de anterioridad al mes de noviembre de 2016, en que se planteó la demanda, f. 88 (es decir, noviembre de 1996).

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han sido siempre muy exigentes en el tema probatorio en las demandas de prescripción adquisitiva de dominio, probablemente porque constituye una alteración a las formas naturales de transmisión de la propiedad de un bien, y de modo tal a asegurar que solo aquel que se haya comportado como auténtico propietario del mismo, durante un tiempo superior al indicado en la Ley, tenga el beneficio, el premio, de hacerse con el derecho de dominio de la cosa. De esta manera, quien no demuestre fehacientemente la posesión por todo el transcurso de la ley y su comportamiento como lo haría el propietario, no reciba dicho premio que –recordemos– constituye al mismo tiempo una sanción al titular registral, a quien, ante la duda, debería protegerse, pues nuestro sistema

legal protege la propiedad como un bien jurídico de gran estima, sólo superado por la vida en su acepción amplia que incluye la salud y la libertad. De esta forma, el análisis de la procedencia de la usucapión debe ser estricto, y la exigencia en materia probatoria aún mayor.

Así, al no haberse podido determinar con precisión la fecha de inicio de la posesión o el carácter con el cual se ha iniciado a poseer, por falta de labor probatoria por parte de quien pretende usucapir, la acción intentada no puede ser declarada procedente. Dicho de otra manera, *“la exactitud, claridad y precisión, como condiciones sustanciales de la posesión veintañal”*¹¹, no se encuentran reunidas en autos. Lo más prudente, y lo que manda la ley en casos como estos, es estar por la no transformación del derecho original; esto es, por la conservación del dominio en cabeza de su actual titular registral. Se concluye así, que la usucapión debe ser rechazada.

En estas condiciones, no queda más que revocar el Acuerdo y Sentencia recurrido, en el sentido de rechazar la demanda de usucapión planteada por P.M.B.D. contra G.S.B.

En lo que respecta a las costas, las mismas deben imponerse en el orden causado en todas las instancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193 del C.P.C., atendiendo las circunstancias específicas del caso.

A SU TURNO, el SEÑOR MINISTRO LUIS BENÍTEZ RIERA DIJO: adhiero opinión al voto del señor Ministro preopinante, por compartir idénticas motivaciones.

A SU TURNO, el SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: suscribo juzgamiento al del señor Ministro preopinante, por las mismas fundamentaciones jurídicas. Es mi voto.

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 1

Asunción, 01 de febrero del 2022.

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:

DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad.

¹¹ C. Civil, 1ª Cap., 29/12/1.939, G. F., t. 144, p. 205.

JURISPRUDENCIA

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia Número 46, del 30 de Agosto del 2021, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial Paraguari.

IMPONER las Costas en el orden causado, en todas las Instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros Dr. Alberto Martínez Simón, Dr. Luis María Benítez Riera y Dr. Cesar Antonio Garay.

Ante mí: Pierina Ozuna Wood. Actuaría Secretaria Judicial.

SALA PENAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 7

Cuestión debatida: versa sobre la configuración típica del hecho punible de Exposición al Peligro del Tránsito Terrestre a partir de la entrada en vigencia de los Arts. 113 y 153 de la Ley 5.016/2.014. El voto mayoritario luego de realizar una interpretación del Art. 113 de la Ley 5.016/2.014 concluye que el conductor cuyos resultados se hallan dentro del margen: más 0.200 a 0.799 mg/L de C.A.A.L. y 0.400 a 1.599 g/L de C.A.S. y únicamente ha provocado la disminución de habilidades normales, acarreará una sanción administrativa. Sin embargo, cuando las habilidades no sólo se hallan disminuidas, sino se encuentran totalmente reducidas o imposibilitadas deberán ser sancionadas bajo el Art. 217 del Código Penal.

Por su parte, el voto en minoría sostiene la incorrección del fallo del tribunal de apelaciones por ser contradictorio con el criterio de la Sala Penal que considera modificado, por la ley especial, el tipo legal previsto en el Art. 217 del Código Penal, al requerirse dentro del tipo objetivo, un requisito cuantitativo, “resultado superior” al límite máximo establecido en la misma ley para falta gravísima.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación.

En cuanto a la motivación del recurso han sido invocados los incs. 2 y 3 del Art. 478 del C.P.P. Respecto al inciso segundo, se requiere que el recurrente acompañe copia autenticada de los fallos que alega como antecedentes y que haya realizado una exégesis de la resolución recurrida respecto a cada precedente, a los efectos de constatar que ambos tratan una materia -fáctica y jurídica- común, bajo idénticas situaciones procesales, pero, que arriban a distintas soluciones jurídicas, exponiendo con ello las contradicciones puntuales que hubieren en los razonamientos. (voto de la ministra María Carolina Llanes).

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. EXPOSICIÓN A PELIGRO. Exposición a peligro del tránsito terrestre.

La máxima instancia estableció, en forma clara, que: a) según el Art. 153 de la Ley N° 5.016/14 modificatoria del Art. 217 del C.P., para que se configure el tipo legal de Exposición a peligro del Tránsito Terrestre, dentro del tipo objetivo, en el resultado, según la primera alternativa, se requiere “haber puesto en marcha el vehículo sin estar en condiciones de hacerlo por la ingestión de bebidas alcohólicas”, y además como presupuesto extra, la ley vigente requiere “un elemento cuantitativo” que consiste en que del análisis en sangre o por aire exhalado se obtenga un “resultado superior” al límite máximo establecido en la misma ley para falta gravísima. b) Estableció también que existe un obstáculo insalvable para la determinación del máximo de la falta gravísima, debido a que en el Art. 113, inc. g, de la mencionada ley especial, se omitió fijar el mínimo y el máximo de miligramos de alcohol requeridos para que el hecho constituya falta gravísima, y cuyo límite superior sería el punto de división entre un delito o una falta administrativa. Si bien, el mínimo que será 0.8 mg/L de C.A.A.L. se puede establecer a partir de la máxima prevista para la falta grave que es de “0.799 mg/L de C.A.A.L.”, existe un obstáculo insalvable para determinar el máximo de la falta gravísima. (Voto del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia).

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del recurso de casación.

El fallo del Tribunal de Apelación objeto de impugnación es contradictorio al precedente e incorrecto porque: por un lado, en coincidencia con el antecedente de la Sala Penal, menciona que en la Ley de Tránsito N° 5.016/14 no se fijó el mínimo y el máximo de miligramos de alcohol para configurar la falta gravísima, pero, por otro lado, concluye en la existencia de la conducta típica con el argumento de que la citada ley especial “no modificó lo sustancial del tipo objetivo previsto en el Art. 217 del C.P.”, siendo dicha fundamentación contraria a lo expuesto por esta Sala Penal, teniendo en cuenta que sí se modificó, el tipo legal citado, con la ley especial referida, al requerirse además para el resultado típico dentro del tipo objetivo, un requisito cuantitativo, “resultado superior” al límite máximo establecido en la misma ley para falta gravísima. (Voto del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia).

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Motivo del recurso de casación.

El fallo del tribunal de apelación resulta contrario al precedente invocado también porque confirma la tipicidad de la conducta de la acusada mientras que en el antecedente de la Sala Penal se estableció que no se puede determinar la tipicidad de la conducta en los casos en los que según la cantidad de alcohol en aliento o sangre se supere el límite previsto para la falta grave, porque al no encontrarse en el Art. 113 de la Ley especial la determinación del límite máximo de la falta gravísima, resulta imposible determinar a su vez, a partir de qué cantidad de alcohol la conducta podría ser típica y luego punible, de darse los demás presupuestos legales. (Voto del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia).

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Resolución en el recurso de casación.

Ante todo lo expuesto precedentemente, corresponde ANULAR el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones, así como la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Sentencia en estos autos, porque no se pudo establecer si la conducta atribuida a C.R.C.G., constituía un delito o no, de acuerdo a la ley especial vigente al momento del hecho. En consecuencia,

corresponde SOBRESER DEFINITIVAMENTE a la procesada C.R.C.G., en virtud a lo dispuesto en el Art. 359, inc. 1º, segunda alternativa del C.P.P., debiendo levantarse todas las medidas cautelares dispuestas por A.I. N° 385 de fecha 20 de junio de 2.015, y en consecuencia líbrense los oficios respectivos a la Oficina de Estadística Penal y a la Comandancia de la Policía Nacional para su respectiva toma de razón. (Voto del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia).

**LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. COSTAS.
Costas en el orden causado.**

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas en el orden causado, atendiendo a la solución jurídica arribada y de conformidad al Art. 261, segundo párrafo del C.P.P. (Voto del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos individuales. De la libertad y de la seguridad de las personas.

En principio, el Art. 9 de la C.N. prescribe “Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad”, considerando la seguridad en términos genéricos como una garantía constitucional, esto apareja la obligación del Estado de salvaguardarla en todos los ámbitos a través de las diversas instituciones públicas y normativas incidentes. Es claro que en los términos del hecho punible analizado, lo que se pretende asegurar es la vida y la integridad física en el ámbito del tránsito terrestre contra los diversos ataques que estas puedan sufrir. (Voto de la ministra María Carolina Llanes).

LEY N° 5.016/2.014 “DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL”.

En este sentido, ha sido dictada la norma administrativa Ley 50.16/14 “De tránsito y seguridad vial” que prevé la sanción de conductas menos lesivas para la seguridad terrestre, previendo entre ellas la “intoxicación alcohólica” catalogada como falta leve, grave y gravísima de acuerdo al porcentaje de mg/L de C.A.A.L. (equivalente a miligramo de alcohol por litro de aire exhalado) y G/L de C.A.S. (correspondiente al gramo de alcohol por litro de sangre) presente en el organismo. Entonces, la normativa administrativa sanciona las conductas teniendo en cuenta que el acaecimiento de la falta

no constituirá sobremanera un peligro inminente, puesto que las capacidades del conductor se hallan reducidas hasta cierto grado.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. EXPOSICIÓN A PELIGRO. Exposición a peligro del tránsito terrestre.

Por una parte, tenemos que los elementos constitutivos del Art. 217 del C.P. son los siguientes: 1-) conducir un vehículo en la vía pública, 2-) no estar en condiciones de conducir con seguridad a consecuencia de: a) la ingestión de bebidas alcohólicas, dando un resultado superior al límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima en la ley de tránsito, o b-) la ingestión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas legales o no, o c-) defectos físicos o psíquicos, o d-) agotamiento, y e-) que cualquiera de estas circunstancias alterasen notoria o legalmente su habilidad para conducir.

LEY N° 5.016/2.014 “DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL”. Falta gravísima.

Entonces, el punto de discusión versa sobre la imposibilidad de corroborar el segundo elemento del tipo penal, sin embargo vemos que es plenamente aplicable puesto que en el Art. 113 de la Ley 5.016/14 se encuentran descritas conductas bajo parámetros subjetivos y no plenamente objetivos como lo es un límite numérico. Respecto a la ingestión de sustancias, el Art. 113 reza: “Constituyen faltas gravísimas las siguientes...g) La conducción en estado de intoxicación alcohólica, estupefacientes u otra sustancia que disminuya las condiciones psicofísicas normales y/o en estado de agotamiento”. Entonces, cuando el conductor haya arrojado como resultado más 0.200 a 0.799 mg/L de C.A.A.L. y 0.400 a 1.599 g/L de CAS (inicio de graduación para las faltas gravísimas) y esto haya provocado únicamente la disminución de habilidades normales la conducta acarreará una sanción administrativa. Ahora bien, cuando las habilidades para conducir no solo se hallan disminuidas, sino que estas se encuentran totalmente reducidas o imposibilitadas deberán ser sancionadas indiscutiblemente bajo el Art. 217 del C.P., puesto que sin lugar a dudas el conductor del vehículo ha excedido los parámetros subjetivos que establece la norma administrativa y el grado de riesgo creado es plenamente exigible.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. PRUEBA. Libertad probatoria.

En relación a esto, para determinar en cada caso si un conductor se encontraba imposibilitado totalmente de conducir un rodado recordemos que en nuestro sistema procesal rige el principio de “libertad probatoria” lo que permite al órgano investigador llegar a la verdad por todos los medios que encuentre a su alcance. Sin embargo, ellos deberán estar dirigidos a comprobar que efectivamente el autor se encontraba vedado de sus habilidades a consecuencia de la ingesta excesiva de alcohol, y además como lo requiere el último elemento del tipo penal, esta imposibilidad haya sido “notoria o legal”. Resulta claro que esto debe ser determinado de acuerdo a las características individuales del autor, como ser sexo, talla y peso, puesto que estas características inciden en las consecuencias que tiene la ingesta de alcohol en cada persona.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. EXPOSICIÓN A PELIGRO. Exposición a peligro del tránsito terrestre.

Además de lo mencionado, otro argumento que sustenta la aplicabilidad del Art. 217 del C.P. se basa en que la normativa prevé diversas causales conjuntivas que pueden generar la inhabilidad notoria de conducir, es decir, si alguna de las situaciones se comprueban, cómo ser: ingesta de bebidas alcohólicas de acuerdo al parámetro requerido, la ingestión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas legales o no, defectos físicos o psíquicos y agostamiento, la conducta podría ser subsumida en este tipo penal. Esto es relevante puesto que el alcohol de igual manera pertenece al género “droga”, de carácter lícito con efecto psicotrópico, es decir, es una sustancia capaz de influenciar las funciones psíquicas por su acción sobre el sistema nervioso central. Cabe resaltar que en relación a las sustancias estupefacientes o psicotrópicas legales o no, tanto la normativa penal ni la administrativa requieren una graduación de ingesta específica, si no que sus efectos hayan imposibilitado al autor la conducción de un vehículo.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción.

Este plazo de prescripción, en virtud al art. 102 inc. 2º del C.P., empezará a correr desde la terminación de la conducta atribuida al procesado, fecha que ha quedado consignada en la S.D. Nro. 74 de fecha 26 de marzo

de 2.019 dictado por el Tribunal de Sentencias, donde se dispuso que la conducta culminó en fecha 20 de junio del 2.015.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción.

Sobre el punto, es importante mencionar que de acuerdo al art. 104 inc. 1° del C.P., la prescripción material es interrumpida por una serie de actos procesales como ser: la imputación, la declaración de indagatoria, la acusación, el auto de apertura a juicio oral, etc.; -causal- que una vez superada, permite el reinicio del cómputo del plazo. Sin embargo, el inc. 2° establece que operará la prescripción independientemente de las interrupciones mencionadas, una vez que transcurra el doble del plazo prescrito.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Resolución en el recurso de casación.

Por lo que, en atención a la norma citada precedentemente y teniendo en cuenta la fecha de terminación de la conducta de la procesada se constata que el doble del plazo ha acaecido en fecha 20 de junio del 2.019, incluso con anterioridad a la presentación del presente recurso extraordinario que data del 16 de septiembre del 2.019. Por tanto, corresponde declarar operada la prescripción material y sobreseer definitivamente a C.R.C.G. (Voto de la ministra María Carolina Llanes).

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. COSTAS. Principios generales. Incidentes y recursos.

En cuanto a las costas procesales, corresponde imponerlas en el orden causado al no hallarse los requisitos exigidos para imponerlas a una de las partes, pues de conformidad al criterio de equidad, el cual implica no imponer las costas a quien sin temeridad ni mala fe ha instaurado la acción penal, situación que se ha dado en la presente causa, conforme a las constancias de autos; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el Art. 261 del Código Procesal Penal y en observancia a lo prescrito en el Art. 269 del mismo cuerpo legal. (Voto de la ministra María Carolina Llanes).

C.S.J. Sala Penal 2/02/2.022 “C.R.C.G. s/ Exposición a Peligro del Tránsito Terrestre” (Sent. N° 7).

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

CUESTIONES:

¿Admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

Y en su caso, ¿procedencia?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: MANUEL RAMIREZ CANDIA, MARIA CAROLINA LLANES OCAMPOS, Y LUIS MARIA BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR MANUEL RAMIREZ CANDIA SOSTUVO:

Por Sentencia N° 63, de fecha 14 de agosto de 2019, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Cuarta Sala, de la Circunscripción Judicial de la Capital, resolvió CONFIRMAR la S.D. N° 74 de fecha 26 de marzo de 2019, dictada por el Tribunal de Sentencia que condenó a la Sra. C.R.C.G., a la pena privativa de libertad de UN AÑO Y SEIS MESES, con suspensión a prueba de la ejecución de la condena por el plazo de DOS AÑOS por el hecho punible de EXPOSICION AL PELIGRO EN EL TRANSITO TERRESTRE.

El Abg. A.L., en representación de la Sra. C.R.C.G., interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo del Tribunal de Apelaciones individualizado precedentemente.

I. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

De las constancias de autos, surge que el escrito recursivo ha sido planteado dentro del plazo de diez días y ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se adecua a las exigencias procesales previstas en los arts. 480 y 468 del C.P.P.¹².

El Abg. E.L., fue notificado de la resolución objeto de impugnación, en fecha 02 de setiembre de 2019, según cédula de notificación obrante a fs. 305 de autos, y el recurso fue interpuesto el 16 de setiembre del mismo año,

¹² El art. 480 segunda oración C.P.P. “El recurso extraordinario de casación se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables, analógicamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia [...]. El art. 4.68 primer párrafo C.P.P. dispone: “El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado [...]”.

en el décimo día, por lo tanto, la presentación recursiva se adecua al plazo establecido en la ley.

Con referencia al derecho a recurrir, se tiene que el Abg. E.L., es el defensor técnico, de la Sra. C.R.C.G., por lo que se halla cumplida la exigencia prevista en el Art. 449 del C.P.P.¹³.

Respecto al objeto del recurso de casación se observa que los recurrentes utilizan este medio de impugnación contra una sentencia definitiva del Tribunal de Apelaciones. En este contexto, el objeto de casación se adecua a los presupuestos del art. 477, primera alternativa del C.P.P.¹⁴.

En el siguiente presupuesto de admisibilidad de la casación, corresponde analizar si la presentación recursiva planteada cumple con los requisitos de fundamentación del recurso, según lo establecen los artículos 449, 450, 468 párrafo primero y 478 C.P.P.

El casacionista, como primer punto dentro de su escrito recursivo, solicita la Extinción de la acción penal en atención a lo dispuesto en los Arts. 14, 16, 17, 45 y 137 de la Constitución, 8.2 de la Ley N° 1/89 que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Arts. 1, 2, 4, 5, 10, 11, 25.3, 136, 137, y 329 numeral 3 del Código Procesal Penal, y lo establecido en el Art. 101, 102 inc. 1°, numeral 3° y 2°; 104 inc. 2° del C.P.

Refiere el recurrente, que en fecha 20 de junio de 2.015, su representada fue imputada por el Hecho Punible previsto y penado en el Art. 217 del C.P., y su modificatoria Art. 153 de la Ley 5.016/14, el hecho por el cual su defendida fue imputada y condenada en juicio oral y público ocurrió en fecha 20 de junio de 2.015, cuya expectativa de pena privativa de libertad es de 2 años o con multa, la cual debe analizarse a los efectos de la prescripción según lo establece el Art. 102 del Código Penal.

Agrega el impugnante, que el plazo establecido por el Art. 102, inc. 1°, numeral 3 del C.P., tiene como límite para la prescripción 2 años, en atención al marco penal establecido en el Art. 217 del Código Penal. Según el impugnante, el día 20 de junio de 2015 habría culminado la conducta

¹³ El art. 449 segundo párrafo primera oración del C.P.P. dice: “El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado”.

¹⁴ El art. 477 C.P.P. dispone “Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquéllas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”.

atribuida a la Sra. C.R.C.G., por lo que a su parecer en fecha 20 de junio de 2019, ha transcurrido el doble del plazo previsto en el Art. 104, inc. 2 del C.P.

Además, la defensa técnica de la acusada invoca como motivo de casación lo dispuesto en el Art. 478, inc. 2° del C.P.P., que hace referencia a una contradicción existente con un fallo anterior del Tribunal de Apelaciones o con esta instancia judicial, y el fallo impugnado.

Dentro de ese contexto, el recurrente menciona que existe contradicción entre el fallo impugnado, y el fallo dictado por la Sala Penal, específicamente con el A.I. N° 1264 de fecha 18 de diciembre de 2018 dictado en la causa penal N° 239/14 “P.G.F.C. s/ Exposición a Peligro en el Tránsito Terrestre”, y el A.I. N° 120 de fecha 15 de junio de 2016, dictado en el marco de la causa N° 2024/14: “R.C. s/ Exposición a Peligro en el Tránsito Terrestre”, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Primera Sala de la Capital.

El casacionista, expresa que la fundamentación del Tribunal de Apelaciones en mayoría ha sido contradictoria, pues por un lado reconoce que la Sala Penal de la CSJ, ha dictado un fallo (A.I. N° 1264 de fecha 01 de diciembre de 2018 – Causa: P.G.F.C. s/ Exposición a Peligro en el Tránsito Terrestre), que delimita cuestiones que hacen a los elementos objetivos del tipo legal de referencia establecidos en el Art. 217 del C.P., y Art. 153 de la Ley 5016/14, para la correcta aplicación de la norma, pero luego se aparta de dicha delimitación en su decisorio.

Agrega que, en ambas resoluciones mencionadas (A.I. N° 1264 de fecha 18 de diciembre de 2018 y A.I. N° 120 de fecha 15 de junio de 2016), que fueron dictadas por la C.S.J. y el Tribunal de Apelaciones, sostienen que no se puede procesar penalmente a los conductores que conducen bajo los efectos del alcohol y otras sustancias estupefacientes, porque falta la norma que completaría la conducta ilícita de Exposición al peligro al tránsito terrestre, dado que no se encuentra determinado el presupuesto objetivo para su punibilidad. Sin embargo, según el recurrente el Tribunal de Apelaciones ha omitido considerar dichas circunstancias al momento de confirmar el fallo del Tribunal de Sentencia. Agrega que, no puede haber tipicidad por la imprecisión y oscuridad en la redacción del Art. 153 de la Ley 5016/14, para que se configure el hecho punible de Exposición al peligro del Tránsito Terrestre, lo que hace que la condena impuesta a su defendida sea nula así como todo el proceso iniciado en su contra.

Por otro lado, resalta el impugnante, que se debe tener en cuenta en esta causa penal lo dispuesto en el Art. 5, inc. 1 del C.P., que hace referencia a la aplicación de la ley en el tiempo, y en ese sentido, señala que la ley que debió ser aplicada en el año 2015 cuando ocurrió el hecho, era la Ley 5016/14, en la que no se encontraba determinado el límite máximo de alcohol en la sangre del conductor, y por ello a su parecer el Ministerio Público no contaba con la acción para iniciar la presente causa penal en contra de su defendida. Por último, destaca que el Tribunal de Apelaciones no ha prestado la debida atención a dichas circunstancias, y no ha tenido en cuenta el principio de legalidad.

Asimismo, el recurrente menciona que por Ley N° 6357/19, se modificaron los Arts. 113 y 153 de la Ley N° 5016/14, y se suplió el vacío legal de determinar el límite máximo de alcohol en la sangre de un conductor, y con ello se determinó si sería falta gravísima o un hecho punible. Además, añade que la ley especial fue sancionada en fecha 27 de agosto de 2019, y entró en vigencia el 1° de setiembre de 2019, y a su parecer, hasta agosto del 2019, el Ministerio Público aún no tenía acción para procesar a su defendida por el hecho punible de Exposición a peligro del Tránsito Terrestre, pues sólo constituía una falta administrativa, por lo que según el recurrente, el proceso seguido a su defendida es de nulidad absoluta, al no tener el Ministerio Público acción para intervenir en la presente causa penal.

Como solución del caso, el impugnante solicita que se anule el fallo del Tribunal de Alzada, así como la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Sentencia, y por aplicación del Art. 474 del C.P.P., por Decisión Directa se dicte la Absolución de reproche y pena de su defendida.

Por consiguiente, la casación planteada por el recurrente se ajusta a la disposición del Art. 478, incisos 2 y 3 del C.P.P., por lo que considero que corresponde la admisión de la misma, en razón a que cumple con los requisitos establecidos en la ley. ES MI VOTO.

VOTO DE LA MINISTRA CAROLINA LLANES OCAMPOS:

A la primera cuestión planteada, la Ministra María Carolina Llanes Ocampos dijo: comparto la posición asumida por el colega preopinante Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia respecto a la admisibilidad del presente recurso, con la siguiente aclaración:

Con relación a la impugnabilidad objetiva, el art. 477 del Código Procesal Penal establece: “Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de ca-

sación contra las Sentencias Definitivas del Tribunal de Apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que **pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena**” (las negritas son nuestras).

En este sentido, el cuantificador lógico “sólo” denota la imposibilidad de interposición del recurso de casación contra las resoluciones que no pongan fin al procedimiento, teniendo en cuenta, el principio de taxatividad objetiva que selecciona algunas decisiones jurisdiccionales, dejando fuera del elenco legal a las demás.

Asimismo, refiere el Prof. Fernando de la Rúa, en su obra “La Casación Penal” (pág. 178. Buenos Aires, 2000), apunta: “...las condiciones para la impugnación, consideradas desde un punto de vista objetivo, son el conjunto de requisitos genéricos que la ley establece para su admisibilidad, sin vincularlas particularmente a un sujeto procesal determinado, señalando las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación...”.

Como se aprecia, la resolución impugnada por el casacionista pone fin al procedimiento, por lo que cumple claramente con la exigencia establecida en el artículo mencionado ut supra.

En cuanto a la motivación del recurso han sido invocados los incs. 2 y 3 del Art. 478 del C.P.P.¹⁵ Respecto al inciso segundo, se requiere que el recurrente acompañe copia autenticada de los fallos que alega como antecedentes y que haya realizado una exégesis de la resolución recurrida respecto a cada precedente, a los efectos de constatar que ambos tratan una materia -fáctica y jurídica- común, bajo idénticas situaciones procesales, pero, que arriban a distintas soluciones jurídicas, exponiendo con ello las contradicciones puntuales que hubieren en los razonamientos.

En el presente caso, el casacionista sostuvo que el fallo impugnado contradice la correcta interpretación del Art. 217 C.P. (exposición al peligro en el tránsito terrestre) plasmado tanto en el A.I. N.º 1264 del 1 de diciembre del 2018 dictado por la Sala Penal en el expediente “P.G.F.C. s/ exposición al peligro en el tránsito terrestre” como en el A.I. N.º 120 del 15 de junio del 2016 dictado por el Tribunal de Apelación Penal, Primera Sala, los cuales establecen “la imposibilidad de procesar penalmente a los conductores

¹⁵ Art. 478: “...2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia; o, 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados.”

que conducen bajo los efectos del alcohol y otras sustancias estupefacientes, porque falta la norma que completaría la conducta ilícita de exposición al peligro al tránsito terrestre, dado que no se encuentra el presupuesto objetivo para su punibilidad”. Por ello, considera que la confirmación de la condena impuesta a su defendida es arbitraria, atendiendo que el art. 113 de la Ley N.º 5016/14 “De tránsito y seguridad vial” no contempla el límite superior máximo de falta gravísima¹⁶. Sin embargo, se limitó a la mera transcripción de los antecedentes mencionados sin efectuar labor comparativa alguna. Tampoco detalló en marco de qué circunstancia fáctica ha sido dictada la sentencia que se pretende casar ni cuál fue el análisis de tipicidad esbozado por el Tribunal de Sentencias.

Por tanto, no se vislumbra la identidad similar que reviste el fallo atacado con los antecedentes jurisprudenciales y mucho menos se presume la existencia de alguna contradicción argumentativa o normativa. En conclusión, los fundamentos esbozados por el casacionista resultan insuficientes y deviene inconducente analizar la procedencia de estos.

Con relación al inciso tercero, sostuvo: 1-) la errónea interpretación del Art. 217 del CP modificado por el Art. 153 de la Ley 5016/2014¹⁷, el cual

¹⁶ Denominada en adelante “Ley 5.016/2014”.

¹⁷ Artículo 153.- Modificación. Modifícase el Artículo 217, numeral 1) de la Ley N° 1.160/97 “CODIGO PENAL PARAGUAYO”, Exposición al peligro en el tránsito terrestre, que quedará redactado de la siguiente manera:

El que dolosa o culposamente:

1) Condujera en la vía pública un vehículo pese a no estar en condiciones para hacerlo con seguridad a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, dando un resultado superior al límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima en la Ley de tránsito, u otras sustancias estupefacientes o sicotrópicas legales o no, de defectos físicos o psíquicos, o de agotamiento, que alterasen notoria o legamente su habilidad para conducir.

2) Condujera en la vía pública un vehículo automotor pese a carecer de la licencia de conducir o existiendo la prohibición de conducir señalada en el Artículo 58 o habiendo sido privado del documento de licencia.

3) Como titular del vehículo tolerara la realización de un hecho señalado en los numerales anteriores; o,

4) Como propietario o guardador de ganado mayor o menor permitiera que el animal a su cargo esté suelto en la vía pública.

requiere como elemento que el conductor supere el límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima en la ley de tránsito. Sin embargo, el Art. 113 de la Ley 5016/2014¹⁸ que establece taxativamente las conductas a ser consideradas como faltas gravísimas, no hace mención a un parámetro numérico específico que permita conocer cuál es el límite superior al que se refiere la normativa penal. 2-) la prescripción del hecho punible por el transcurso del doble del plazo, considerando que la conducta punible ha terminado en fecha 20 de junio del 2015 y el marco punitivo previsto en ese momento era de 2 años. En estos puntos, el recurrente ha expresado de manera correcta, los motivos que amparan el análisis del pronunciamiento jurisdiccional, en qué consistió el daño inferido, cuál fue la norma penal transgredida como la solución pretendida, por lo que la admisibilidad es indiscutible.

A su turno, el Sr. Ministro LUIS MARIA BENITEZ RIERA, manifiesta que se adhiere al voto de la Sra. Ministra, MARIA CAROLINA LLANES OCAMPOS, por compartir los mismos fundamentos.

II. ESTUDIO DE PROCEDENCIA

VOTO DEL DR. MANUEL RAMIREZ CANDIA

Como primer punto se analizará el motivo dispuesto en el Art. 478, inc. 2º del C.P.P. expuesto por el recurrente.

El **casacionista** cuestiona la contradicción existente entre el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Alzada en la presente causa penal, y los fallos dictados por esta Sala Penal y por el Tribunal de Apelaciones, en lo Penal, 1ra Sala, de la Capital, que hacen referencia a la falta de tipicidad en el tipo legal de Exposición a peligro en el tránsito terrestre, debido a la modificación del Art. 217 del C.P., por el Art. 153 de la Ley N°5016/14, y a la falta de acción por parte del Ministerio Público.

El **Tribunal de Apelaciones**, en mayoría, en el fallo impugnado, expuso: "...Con respecto a lo sustancial, debe recordarse que la impugnante sostiene la falta de acción del ente acusador, ya que según aquella no existe

Será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.”.

¹⁸ Artículo 113.- Faltas gravísimas. Constituyen faltas gravísimas las siguientes:

...g) La conducción en estado de intoxicación alcohólica, estupefacientes u otra sustancia que disminuya las condiciones psicofísicas normales y/o en estado de agotamiento.

parámetro para considerar como hecho punible su conducta, ya que el artículo 153 de la ley 5016/14 “Ley Nacional de tránsito y seguridad”, no fijó el mínimo y el máximo de miligramos de alcohol para configurar la “falta gravísima”. Sobre dicho aspecto del conflicto es de señalar que la resolución en la que pretende apoyarse es el A.I. N° 1264 de fecha 01 de diciembre de 2018, “P.G.F.C. s/ Exposición a Peligro en el Tránsito Terrestre. Causa N° 239/2014, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que delimita cuestiones que hace a la correcta interpretación de la norma. No obstante, debe señalarse que dicha ley no modificó lo sustancial de tipo objetivo, previsto en el Art. 217 del C.P., de la Ley 1160/97, que sigue siendo el conducir un vehículo pese a no estar en condiciones de hacerlo con seguridad motivados por ingesta de bebidas alcohólicas cuantificados e miligramos de alcohol detectables en la exhalación, según la ley 5016/14, normativa ambas que también prevén otras circunstancias como, defectos físicos o psíquicos, agotamiento que afecte habilidad para conducir. El tipo legal, bastante complejo así descripto, es de los denominados “de peligro”, ya que el conducir en dicha situación motiva un riesgo en la interacción y de su simple enunciación surge con claridad que si además se produce un resultado lesivo, también debe comprender el juzgamiento, sea como tipo agravado o por aplicación de las reglas del concurso, art. 70 C.P. y su modificatoria ley 3440/08. En el caso de autos, dichas circunstancias fueron contempladas en el juzgamiento público. Además el “resultado lesivo” para la víctima están a la vista; las testificales brindadas por; E.F.F.A. ...W.C.B. ...Sumado a las documentales ya mencionadas y producidas en juicio...”. (sic).

En la presente causa penal, **el Tribunal de Sentencia** tuvo por acreditado que la acusada C.R.C.G., condujo un automóvil, con un grado de 1,432 g/l de alcohol en la sangre, (resultado obtenido de la prueba de Alcotest).

Las circunstancias fácticas son diferentes al precedente invocado porque en esa oportunidad se analizó la conducta de P.G.L.F.C., también por la conducción en estado de intoxicación alcohólica, pero con una graduación de 0.268 g/l, lo que claramente se corresponde con una falta grave (de 0,200 a 0,799 mg/l según el Art. 113, de la Ley N° 5016/14); y en este caso la cantidad 1,432 mg/l encontrada supera el límite previsto para la falta grave, aunque no se puede determinar si sería todavía una falta administrativa denominada “gravísima” o ya delito.

No obstante la distinción en las circunstancias fácticas de uno y otro caso, **sí existe contradicción entre lo resuelto por el Tribunal de Apelación y los argumentos expuestos por la Sala Penal (A.I. N° 1264 de fecha 18 de diciembre de 2018)** porque:

La máxima instancia estableció, en forma clara, que: a) según el Art. 153 de la Ley N° 5016/14 modificatoria del Art. 217 del C.P., para que se configure el tipo legal de Exposición a peligro del Tránsito Terrestre, dentro del tipo objetivo, en el resultado, según la primera alternativa, se requiere “haber puesto en marcha el vehículo sin estar en condiciones de hacerlo por la ingestión de bebidas alcohólicas”, y además como presupuesto extra, la ley vigente requiere “un elemento cuantitativo” que consiste en que del análisis en sangre o por aire exhalado se obtenga un “resultado superior” al límite máximo establecido en la misma ley para falta gravísima. b) Estableció también que existe un obstáculo insalvable para la determinación del máximo de la falta gravísima, debido a que en el Art. 113, inc. g. de la mencionada ley especial, se omitió fijar el mínimo y el máximo de miligramos de alcohol requeridos para que el hecho constituya falta gravísima, y cuyo límite superior sería el punto de división entre un delito o una falta administrativa. Si bien, el mínimo que será 0.8 mg/L de C.A.A.L. se puede establecer a partir de la máxima prevista para la falta grave que es de “0.799 mg/L de C.A.A.L.”, existe un obstáculo insalvable para determinar el máximo de la falta gravísima.

El fallo del Tribunal de Apelación objeto de impugnación es contradictorio al precedente e incorrecto porque: por un lado, en coincidencia con el antecedente de la Sala Penal, menciona que en la Ley de Tránsito N° 5016/14 no se fijó el mínimo y el máximo de miligramos de alcohol para configurar la falta gravísima, pero, por otro lado, concluye en la existencia de la conducta típica con el argumento de que la citada ley especial “no modificó lo sustancial del tipo objetivo previsto en el Art. 217 del C.P.”, siendo dicha fundamentación contraria a lo expuesto por esta Sala Penal, teniendo en cuenta que sí se modificó, el tipo legal citado, con la ley especial referida, al requerirse además para el resultado típico dentro del tipo objetivo, un requisito cuantitativo, “resultado superior” al límite máximo establecido en la misma ley para falta gravísima.

El fallo del tribunal de apelación resulta contrario al precedente invocado también porque confirma la tipicidad de la conducta de la acusada mientras que en el antecedente de la Sala Penal se estableció que no se

puede determinar la tipicidad de la conducta en los casos en los que según la cantidad de alcohol en aliento o sangre se supere el límite previsto para la falta grave, porque al no encontrarse en el Art. 113 de la Ley especial la determinación del límite máximo de la falta gravísima, resulta imposible determinar a su vez, a partir de qué cantidad de alcohol la conducta podría ser típica y luego punible, de darse los demás presupuestos legales.

No se puede confirmar la condena de la acusada porque la ley que regula la exposición al peligro en el tránsito (5016/14), al no establecer los presupuestos de la conducta típica de forma clara, **viola el principio de legalidad material**, formulado en su momento por Anselm Von Feurbach que sostuvo que “Frente al Estado que quiere sancionar acciones u omisiones del hombre la garantía debe referirse tanto a todos los presupuestos de la conducta que permiten aplicar una sanción (“nullum crimen”) como a las características de la misma “nulla poena”, por ello la necesidad de **una lex scripta, stricta et praevia** ¹⁹.

Roxin afirma que la punibilidad debe estar determinada legalmente antes del hecho. Y sobre el punto asegura que una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que pueda recurrir, además es contraria al principio de división de poderes porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir el terreno legislativo. La norma indeterminada no puede tener eficacia porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad²⁰.

El **principio de legalidad material** se halla establecido en el Art. 1 del Código Penal que dispone que nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción. En el presente

¹⁹ Dictamen presentado por el Prof. Dr. Wolfgang Schone a las observaciones del Senador Evelio Fernández al Proyecto del Código Penal de la República del Paraguay. Pág. 18.

²⁰ Claus Roxin. Derecho Penal Parte General Tomo I. Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas.Madrid. Año 1.997, Pág. 169.

caso la ley regulatoria viola el principio de legalidad material específicamente el requisito de que la ley debe ser determinada y estricta, porque al modificar la ley original (Art. 217 del C.P.), agregando un criterio cuantitativo para establecer la tipicidad objetiva de la conducta, omite fijar el límite cuantitativo para establecer el resultado típico del Art. 217 modificado, es decir a partir de cuanto exactamente considera el legislador que la conducta podría ser considerada como delito.

Cabe agregar, que el impugnante ha citado la Ley N° 6357/19 como modificatoria de los Arts. 111, 112, y 113 de la Ley N° 5016/14, refiriéndose en realidad a la Ley N° 6367/19. Sin embargo, dicha ley N° 6367/19 sólo fue un proyecto de ley que fue presentado por el Senado con el propósito de modificar la Ley 5016/14, pero fue archivado por la Cámara de Diputados ante las objeciones presentadas por el Poder Ejecutivo.

Ante todo lo expuesto precedentemente, corresponde ANULAR el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones, así como la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Sentencia en estos autos, porque no se pudo establecer si la conducta atribuida a C.R.C.G., constituía un delito o no, de acuerdo a la ley especial vigente al momento del hecho. En consecuencia, corresponde SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a la procesada C.R.C.G., en virtud a lo dispuesto en el Art. 359, inc. 1°, segunda alternativa del C.P.P.²¹, debiendo levantarse todas las medidas cautelares dispuestas por A.I. N° 385 de fecha 20 de junio de 2015, y en consecuencia líbrense los oficios respectivos a la Oficina de Estadística Penal y a la Comandancia de la Policía Nacional para su respectiva toma de razón.

Con relación a los demás agravios expuestos por el recurrente, en atención a la forma en que ha sido resuelto el agravio precedente y la consecuencia jurídica a la que se ha arribado, resulta inoficioso el estudio de los mismos.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas en el orden causado, atendiendo a la solución jurídica arribada y de conformidad al Art. 261, segundo párrafo del CPP. **ES MI VOTO.**

VOTO DE LA MINISTRA CAROLINA LLANES OCAMPOS:

²¹ Art. 359. SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. Corresponderá el sobreseimiento definitivo: ...1) cuando resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye hecho punible...”.

A la segunda cuestión planteada, la Ministra Carolina Llanes Ocampos dijo: disiento respetuosamente con la solución propuesta por el ilustre colega preopinante, pues considero que -pese a la correcta interpretación esbozada por la Alzada- debe declararse la prescripción del hecho punible como el sobreseimiento definitivo de la Sra. C.R.C.G., por los siguientes fundamentos:

Inicialmente, se observa que corrido el traslado al Ministerio Público, este sostuvo que se debe hacer lugar al recurso de casación y absolverse a la procesada, puesto que efectivamente en la Ley 5016/2014 no se establece el límite superior para las faltas gravísimas lo que conlleva la imposibilidad de establecer la tipicidad de la conducta punible.

Con relación al primer reclamo -falta de determinación del límite superior para las faltas gravísimas que imposibilita la aplicación del Art. 217 del C.P.- la respuesta en mayoritaria de la Cámara fue la siguiente: "...debe señalarse que dicha ley no modificó lo sustancial del tipo objetivo, previsto en el art. 217 del C.P., de la ley 1160/97, que sigue siendo 'el conducir un vehículo pese a no estar en condiciones de hacerlo con seguridad motivados por ingesta de bebidas alcohólicas cuantificados en miligramos de alcohol detectable en la exhalación, según la ley 5016/14, normativa que también prevé otras circunstancias como, defectos físicos y psíquicos o agotamiento que afecte la habilidad para conducir.

Como se aprecia, la fundamentación del tribunal es correcta, sin embargo, a los efectos de clarificar que no existen obstáculos normativos respecto a cada elemento integrante del tipo objetivo del hecho punible previsto en el Art. 217 C.P., considero oportuno realizar ciertas puntualizaciones. Para este menester debe traerse a colación el precepto constitucional atinente a la seguridad de las personas, normativas administrativas y un pormenorizado análisis de la norma penal -Art. 126 del C.P.-, puesto que la conjunción de estos guiará el sentido del presente razonamiento.

En principio, el Art. 9 de la C.N. prescribe "Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad", considerando la seguridad en términos genéricos como una garantía constitucional, esto aparea la obligación del Estado de salvaguardarla en todos los ámbitos a través de las diversas instituciones públicas y normativas incidentes. Es claro que en los términos del hecho punible analizado, lo que se pretende asegurar es la vida y la integridad física en el ámbito del tránsito terrestre contra los diversos ataques que estas puedan sufrir.

Es así que, la política estatal que gira alrededor de la conducta de conducir un vehículo bajo los efectos de sustancias que disminuyan las capacidades, otorga distintas respuestas en relación a la gravedad de la conducta desplegada. Entonces, a menor consumo de sustancias se encuentra prevista la aplicación de sanciones administrativas, **recién cuando el grado de lesividad avasalla los límites previstos en las normas administrativas**, lo que supone una afectación mucho más severa a la seguridad colectiva y como “ultima ratio”, se inicia la persecución penal previendo inclusive la aplicación de penas privativas de libertad.

En este sentido, ha sido dictada la norma administrativa Ley 5016/14 “De tránsito y seguridad vial” que prevé la sanción de conductas menos lesivas para la seguridad terrestre, previendo entre ellas la “intoxicación alcohólica” catalogada como falta leve, grave y gravísima de acuerdo al porcentaje de mg/L de C.A.A.L. (equivalente a miligramo de alcohol por litro de aire exhalado) y g/L de C.A.S. (correspondiente al gramo de alcohol por litro de sangre) presente en el organismo. Entonces, la normativa administrativa sanciona las conductas teniendo en cuenta que el acaecimiento de la falta no constituirá sobremanera un peligro inminente, puesto que las capacidades del conductor se hallan reducidas hasta cierto grado.

Por otra parte, la actual normativa penal considera punible la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas cuando el autor haya arrojado como resultado una cifra superior al límite establecido como falta gravísima en la ley de tránsito. Esto primeramente presupone que el estado de gravedad sobrepasa totalmente los límites aceptables para las faltas administrativas, es decir, que las habilidades para conducir ya no solo se encuentran reducidas, si no que las mismas se hallan plenamente alteradas y vedadas, lo que imposibilita estar al mando de un rodado, y en consecuencia constituye un riesgo altísimo para la seguridad de la vida y la integridad física de las personas.

Si bien, un análisis hasta si se quiere superficial sostiene que no es posible aplicar el hecho punible previsto en el Art. 217 del C.P. ya que en la ley administrativa no se previó el límite de grado de alcohol en sangre o por litro exhalado para las faltas gravísimas, esta interpretación decae cuando se examinan pormenorizadamente los elementos del tipo previstos en el Art. 217 del C.P. y el Art. 113 Faltas gravísimas de la Ley 5016/14, normativas que traen a relucir que las conductas a ser perseguibles penalmente son aquellas que revisten mayor gravedad.

Por una parte, tenemos que los elementos constitutivos del Art. 217 del C.P. son los siguientes: 1-) conducir un vehículo en la vía pública, 2-) no estar en condiciones de conducir con seguridad a consecuencia de: a) la ingestión de bebidas alcohólicas, dando un resultado superior al límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima en la ley de tránsito, o b-) la ingestión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas legales o no, o c-) defectos físicos o psíquicos, o d-) agotamiento, y e-) que cualquiera de estas circunstancias alterasen notoria o legalmente su habilidad para conducir.

Entonces, el punto de discusión versa sobre la imposibilidad de corroborar el segundo elemento del tipo penal, sin embargo vemos que es plenamente aplicable puesto que en el Art. 113 de la Ley 5016/14 se encuentran descritas conductas bajo parámetros subjetivos y no plenamente objetivos como lo es un límite numérico. Respecto a la ingestión de sustancias, el Art. 113 reza: “Constituyen faltas gravísimas las siguientes...g) La conducción en estado de intoxicación alcohólica, estupefacientes u otra sustancia que disminuya las condiciones psicofísicas normales y/o en estado de agotamiento”. Entonces, cuando el conductor haya arrojado como resultado más 0.200 a 0.799 mg/L de C.A.A.L. y 0.400 a 1.599 g/L de C.A.S. (inicio de graduación para las faltas gravísimas) y esto haya provocado **únicamente la disminución de habilidades normales** la conducta acarreará una sanción administrativa. Ahora bien, cuando las habilidades para conducir no solo se hallan disminuidas, sino que estas **se encuentran totalmente reducidas o imposibilitadas** deberán ser sancionadas indiscutiblemente bajo el Art. 217 del C.P., puesto que sin lugar a dudas el conductor del vehículo ha excedido los parámetros subjetivos que establece la norma administrativa y el grado de riesgo creado es plenamente exigible.

En relación a esto, para determinar en cada caso si un conductor se encontraba imposibilitado totalmente de conducir un rodado recordemos que en nuestro sistema procesal rige el principio de “libertad probatoria” lo que permite al órgano investigador llegar a la verdad por todos los medios que encuentre a su alcance. Sin embargo, ellos deberán estar dirigidos a comprobar que efectivamente el autor se encontraba vedado de sus habilidades a consecuencia de la ingesta excesiva de alcohol, y además como lo requiere el último elemento del tipo penal, esta imposibilidad haya sido “notoria o legal”. Resulta claro que esto debe ser determinado de acuerdo a las

características individuales del autor, como ser sexo, talla y peso, puesto que estas características inciden en las consecuencias que tiene la ingesta de alcohol en cada persona.

Además de lo mencionado, otro argumento que sustenta la aplicabilidad del Art. 217 del C.P. se basa en que la normativa prevé diversas causas conjuntivas que pueden generar la inhabilidad notoria de conducir, es decir, si alguna de las situaciones se comprueban, cómo ser: ingesta de bebidas alcohólicas de acuerdo al parámetro requerido, **la ingestión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas legales o no**, defectos físicos o psíquicos y agostamiento, la conducta podría ser subsumida en este tipo penal. Esto es relevante puesto que el alcohol de igual manera pertenece al género “droga”, de carácter lícito con efecto psicotrópico, es decir, es una sustancia capaz de influenciar las funciones psíquicas por su acción sobre el sistema nervioso central. Cabe resaltar que en relación a las sustancias estupefacientes o psicotrópicas legales o no, tanto la normativa penal ni la administrativa requieren una graduación de ingesta específica, si no que sus efectos hayan imposibilitado al autor la conducción de un vehículo.

Agotados los argumentos que sostienen la corrección del fallo del Tribunal de Apelaciones y la aplicabilidad del Art. 217 del C.P. debe pasarse al estudio del segundo agravio del casacionista-prescripción del hecho punible por el transcurso del doble del plazo-. En ese sentido, se corrobora que la conducta de C.R.C. ha sido cursada dentro del tipo penal de exposición al peligro en el tránsito terrestre, que tienen prevista la pena privativa de libertad de hasta dos (2) años o multa; y conforme a lo establecido en el art. 102 inc.1º, núm. 3 del C.P. y el principio de proporcionalidad²², el hecho punible prescribirá a los 4 años.

Este plazo de prescripción, en virtud al art. 102 inc. 2º del C.P., empezará a correr desde la terminación de la conducta atribuida al procesado, fecha que ha quedado consignada en la S.D. Nro. 74 de fecha 26 de marzo de 2019 dictado por el Tribunal de Sentencias, donde se dispuso que la conducta culminó en fecha **20 de junio del 2015**.

Sobre el punto, es importante mencionar que de acuerdo al art. 104 inc. 1º del C.P., la prescripción material es interrumpida por una serie de actos procesales como ser: la imputación, la declaración de indagatoria, la

²² Dispone que la persecución penal no puede exceder el grado de reproche.

acusación, el auto de apertura a juicio oral, etc.; -causal- que una vez superada, permite el reinicio del cómputo del plazo. Sin embargo, el inc. 2º establece que **operará la prescripción independientemente de las interrupciones mencionadas, una vez que transcurra el doble del plazo prescrito.**

Por lo que, en atención a la norma citada precedentemente y teniendo en cuenta la fecha de terminación de la conducta de la procesada se constata que el doble del plazo ha acaecido en fecha 20 de junio del 2019, incluso con anterioridad a la presentación del presente recurso extraordinario que data del 16 de septiembre del 2019. Por tanto, corresponde declarar operada la prescripción material y sobreseer definitivamente a C.R.C.G.

En cuanto a las costas procesales, corresponde imponerlas en el orden causado al no hallarse los requisitos exigidos para imponerlas a una de las partes, pues de conformidad al criterio de equidad, el cual implica no imponer las costas a quien sin temeridad ni mala fe ha instaurado la acción penal, situación que se ha dado en la presente causa, conforme a las constancias de autos; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el Art. 261 del Código Procesal Penal y en observancia a lo prescrito en el Art. 269 del mismo cuerpo legal. **ES MI VOTO.**

A su turno, el Sr. Ministro LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, manifiesta que se adhiere al voto de la Sra. Ministra, MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS, por compartir sus mismos fundamentos.

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:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 07

Asunción, 02 de febrero de 2022.

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación, planteado por el Abg. E.L., en representación de la Sra. C.R.C.G., contra la Sentencia N° 63, de fecha 14 de agosto de 2019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal –Cuarta Sala- de la Capital, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

2. DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN MATERIAL en la presente causa penal, según el exordio de la presente resolución.

3. ORDENAR el SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO de la Sra. C.R.C.G. de la presente causa penal, en virtud a lo dispuesto en el Art. 359, inc. 1°, segunda alternativa del C.P.P., debiendo levantarse todas las medidas cautelares dispuestas por A.I. N° 385 de fecha 20 de junio de 2015. Oficiase, para su respectiva toma de razón a la Oficina de Estadística Penal, y a la Comandancia de la Policía Nacional.

4. IMPONER LAS COSTAS en el orden causado, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 261 y 269 del C.P.P.

5. ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia, Dra. María Carolina Llanes Ocampos y Dr. Luís María Benítez Riera.

Ante mí: Abg. Karina Penoni. Secretaría Judicial III.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 410

***Cuestión debatida:** versa sobre la correcta interpretación y los requisitos a ser cotejados para considerar procedente el vicio de la sentencia contenido en el numeral 4 del Artículo 403 del digesto procesal. Igualmente fueron analizadas las condiciones de aplicabilidad de la eximente de la punibilidad prevista en el Art. 151 inc. 4° del Código Penal. El voto mayoritario determina las condiciones de procedencia de la impugnación por sentencia contradictoria de las reglas de la sana crítica y la necesaria demostración de su incidencia directa en el veredicto de punibilidad. En lo que respecta a la eximente de punibilidad indicada se sostiene como inescindible la tarea de ponderación de los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor en cada caso concreto para una conclusión válida en el sentido de la proporcionalidad como medio de defensa de intereses público o privado.*

Por su parte, el voto en minoría sostiene la inaplicabilidad, a los hechos punibles de acción penal privada, de los artículos contenidos bajo el Título VII “LA PRESCRIPCIÓN”, Capítulo único, rigiendo únicamente para los mismos lo previsto en el artículo 98 y 156 del Código Penal.

SENTENCIA DEFINITIVA. Sentencia de mérito.

Afirmamos esto con apoyo en la doctrina que reconoce a la “sentencia” como la decisión que pone fin a la instancia, dictada por el tribunal decisor sobre la base de un juicio oral. Sobre el punto, explica ROXIN que “Al igual que en el proceso civil, se diferencia entre sentencia procesal y sentencia material. A través de la sentencia procesal el procedimiento es declarado inadmisibile (“el procedimiento es sobreseído”). A través de la sentencia de mérito se decide sobre si existe o no una pretensión sancionatoria del Estado; por ello, estas sentencias versan sobre la condena, la absolución o la orden de aplicar una medida de seguridad y corrección”. (voto de la ministra María Carolina Llanes).

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. RECURSO DE CASACIÓN. Objeto del recurso de casación.

Por tanto, las resoluciones impugnables a través del recurso de casación, independientemente de su forma (S.D. o A.I.) son aquellas que contienen una decisión sobre el fondo del caso (condena o absolución) o las que sin contener un pronunciamiento sobre el fondo, igualmente conllevan la conclusión o cierre del procedimiento y por lo tanto, gozan de eventual aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada (sobreseimiento definitivo, decisiones sobre la prescripción, extinción de la acción, desestimación de la denuncia - primera alternativa, entre otras).(Voto de la ministra María Carolina Llanes).

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. NOTIFICACIÓN. Notificación personal.

Cabe destacar que la notificación personal exigida en el Art. 153 del C.P.P. no está restringida a que la notificación sea efectuada por su lectura o por cédula de notificación, de ello se deduce que lo que busca la norma procesal es el conocimiento directo por parte del acusado en los casos en que se dicte una sentencia de condena. Además, el Art. 156 del C.P.P., como complemento de la notificación personal, busca que el procesado tenga un conocimiento efectivo en los casos de sentencia de condena, de los plazos que tiene para impugnar la resolución, esta puede ser realizada en forma verbal o por escrito, sobre los recursos y el plazo para su interposición, a los efectos de garantizar, su derecho al recurso, lo cual se encuentra previsto en el Art. 16 de la Constitución que es una manifestación del derecho a la defensa.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. NOTIFICACIÓN. Notificación por su lectura. Efectos de la notificación.

Las normas específicas de cómo debe desarrollarse el juicio oral y público son las que deben ser tomadas en consideración para la resolución del presente caso y, como lo impone la norma establecida en el Art. 399, última parte, del C.P.P., la notificación por su lectura sí tiene el efecto procesal de generar el transcurso del plazo para interponer los recursos establecidos en la Ley, puesto que la citación hecha al final de la audiencia de debate oral para que los presentes, entre ellos el procesado, acudan a la lectura integral de la sentencia cumple con el objetivo de hacer saber de manera directa a este cuando se ha dictado una decisión condenatoria, siempre que el acusado esté en libertad para poder asistir a la audiencia. En dicho sentido, ya he expresado con anterioridad que la práctica de realizar notificaciones por cédula luego de realizada la lectura integral de la sentencia distorsiona lo establecido en el Código Procesal (A y S N° 1.009 del 27 de diciembre del 2019 dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la causa: “H. D. E. R. S/ Homicidio Culposo y Omisión de Auxilio”.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. NOTIFICACIÓN. Notificación por cédula.

En general, los Tribunales de Sentencias no tienen la obligación de realizar una notificación por cédula cuando los intervinientes no comparecen a la audiencia pudiendo hacerlo y sin justificar sus ausencias. Ahora bien, el Tribunal de Sentencia decidió realizar la notificación personal por cédula a la querellada, generando un nuevo plazo a partir de la notificación personal, por lo que, considero por ello que esta última – realizada en fecha 11 de junio del 2.019 – es la que debe tomarse como válida para el inicio del cómputo para la interposición de recursos.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. NOTIFICACIÓN. Efectos de la notificación.

En estas condiciones, la notificación por su lectura no puede tener el efecto de declararle notificada, por lo que partiendo para el computo desde la notificación personal (11 de junio del 2.019), y la presentación del escrito de apelación especial (26 de junio del 2.019), el plazo efectivamente no se hallaba vencido al momento de interponer el recurso de apelación especial, por lo tanto, corresponde rechazar este agravio procesal en concreto.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. SENTENCIA. Vicios de la sentencia.

El tribunal de apelaciones incurre en un vicio por sentencia contradictoria e insuficiente, pues cuando se refiere a los errores en la fundamentación probatoria debió decir expresamente cuál es la prueba que no ha sido valorada por el Tribunal de Sentencia, y no limitarse a decir, que no se valoraron todos los medios probatorios. Además, debió explicar cómo esta prueba que no ha sido valorada tiene un valor decisivo sobre el mérito de la sentencia.

ERROR. Error in procedendo.

Así, corresponde en primer lugar el estudio de los errores procesales invocados ya que si estos efectivamente son detectados procede el reenvío de la causa, siempre y cuando puedan ser subsanados en un nuevo juicio oral y público, o procede el sobreseimiento definitivo por decisión directa, siempre que el error procesal constituya a su vez un obstáculo procesal que impida la persecución del proceso, a modo de ejemplo, la nulidad del proceso por falta de indagatoria, no puede ser reparada por vía del reenvío, por lo tanto, la única solución procesal es el sobreseimiento definitivo.

ERROR. Error in procedendo. Error in iudicando.

Por lo tanto, cuando se advierten errores respecto a la sana crítica, lo que procede es el reenvío a otro tribunal de sentencia, en cambio, si el planteamiento de la apelación se refiere a un error material, esto habilita al Tribunal revisor a examinar la punibilidad de la conducta, en su totalidad, desde la tipicidad objetiva y subjetiva, antijuridicidad, reprochabilidad y la punibilidad, aún cuando solo se haya denunciado un error respecto a un presupuesto determinado.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. DIFAMACIÓN. PENA. Eximente de Pena.

Otro error cometido por el Tribunal de Apelaciones, es cuando considera que se dan las condiciones previstas en el Art. 151 inc. 4° del C.P., porque según sus dichos, las declaraciones realizadas tuvieron como objeto defender los intereses de la colectividad, lo cual resulta infundado, ya que debieron realizar una ponderación de acuerdo con los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor que de acuerdo con las circunstancias

del caso, constituyan un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados. En conclusión, la simple afirmación de que las declaraciones realizadas por la querellada fueron con el objeto de defender intereses de la colectividad, resulta infundada.

PRUEBA. Sana crítica.

Este agravio está mal formulado, porque, la recurrente no expresa cual es el error específico en el que incurrió el Tribunal de Sentencia, en el sentido de que no explica en qué forma se afectaron las reglas de la sana crítica, es decir, debió establecer en qué sentido las conclusiones arribadas no fueron producto de una valoración razonada de los medios de prueba conforme a la lógica, las reglas de experiencia, hechos notorios y razón suficiente. Además, debió establecer de qué manera la afectación de las reglas de la sana crítica incide de manera directa en el veredicto de punibilidad, ya que el Código Procesal Penal establece que la nulidad por violación de la sana crítica solo se da cuando se trata de elementos probatorios de valor decisivo y en el agravio desarrollado no se establece este extremo, por lo tanto, es infundado.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción.

Antes de referirme directa y concretamente a dicho análisis, considero oportuno realizar algunas observaciones sobre la imposibilidad de aplicar a los hechos punibles de acción penal privada, los arts. 101, 102, 103, 104 del C.P. referentes a la prescripción de los delitos de acción penal pública. En tal caso, deben ser aplicados los arts. 97, 98, 99, 100 del C.P. respecto a la instancia, por la falta de regulación del instituto de la prescripción de los hechos punibles de acción penal privada.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. De la prueba de la verdad.

Por otra parte, cabe recordar que el Código Penal vigente solamente regula el régimen de la acción penal pública en sus 2 modalidades: a) de oficio, a cargo del Ministerio Público; b) a instancia de la víctima, a través de la denuncia o querrela autónoma. Lo que claramente demuestra la inobservancia del art. 23 de la Constitución paraguaya (*exceptio veritatis*) y el olvido de los legisladores. Sin embargo, esta situación ha sido modificada a

partir de la sanción del Código Procesal Penal porque en ese momento los legisladores se percataron que la Constitución paraguaya también contemplaba la existencia de delitos de acción penal privada –art. 23– por lo que decidieron introducir dentro del nuevo ordenamiento procesal penal los hechos punibles de acción penal privada a los efectos de salvar la situación estableciendo una norma, el Art. 17, que convierte en delitos de acción penal privada, los delitos de acción pública a instancia de la víctima concebidos – en principio– por el Código Penal como de naturaleza pública.

LEY N° 1.160/1.997 “CÓDIGO PENAL”. PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción.

Tal es así que para los delitos de acción penal pública rigen los artículos 101, 102, 103, 104 del Código Penal vigente. Mientras que para los delitos de acción penal privada rige lo previsto en el art. 98 y art. 156 del mismo cuerpo legal y, esto es así por el principio de legalidad que rige en el sistema penal consagrado en el aforismo *nullum poena sine lege, stricta et praevia*, no permite interpretaciones extrañas o ajenas a lo previamente establecido en la ley de manera expresa. Por lo que la interpretación en estos casos debe regirse por la ley penal que establece que los delitos a instancia de la víctima sólo pueden ser perseguidos hasta dentro de los seis meses, los cuales deberán ser resueltos en ese mismo plazo.

LEY N° 1.286/1.998 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”. COSTAS. Principios generales. Incidentes y recursos.

En cuanto a las costas generadas en esta instancia, considero que deben imponerse a la parte vencida, por imperio de los Arts. 261 y 269 del Código Procesal Penal.

C.S.J. Sala Penal 21/06/2.022 “M.G.V.S.F. s/ Difamación y Calumnia” (Sent. N° 410).

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

C U E S T I O N E S:

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

En su caso, ¿resulta procedente?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: RAMÍREZ CANDIA, LLANES OCAMPOS Y BENÍTEZ RIERA.

I. ANTECEDENTES

1. El Tribunal Unipersonal de Sentencia de la ciudad de Luque, por SD N° 15 del 27 de mayo del 2.019, resolvió condenar a M.G.V.S.F. por el hecho punible de difamación a la pena privativa de libertad de seis (6) meses, con suspensión a prueba de la ejecución de la condena.
2. El Tribunal de Apelaciones de la circunscripción judicial de Central, por Acuerdo y Sentencia N° 211 del 10 de diciembre del 2.019 resolvió anular la SD N° 15 de fecha 27 de mayo del 2.019, y como decisión directa absolvió de reproche y culpa a M.G.V.S.F.
3. Contra el fallo del Tribunal de Apelaciones, la querella autónoma plantea recurso extraordinario de casación.

I. PROCEDENCIA

1. A la primera cuestión planteada, el Ministro Ramírez Candía, dijo: Corresponde declarar la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Abogado C.E.M.T. en representación de J.A.C.R.D. contra el Acuerdo y Sentencia N° 211 del 10 de diciembre del 2.019, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la circunscripción judicial de Central, conforme a los argumentos que paso exponer:
2. De las constancias de autos, se concluye que el escrito recursivo ha sido planteado dentro del plazo de diez días y ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se adecua a las exigencias procesales previstas en los arts. 480 y 468 del C.P.P.
3. La resolución objeto de la presente casación fue notificada a la abogada defensora en fecha 28 de febrero del 2.020, y el recurso extraordinario de casación fue interpuesto en fecha 13 de marzo del 2.020, es decir, dentro del plazo de diez días.
4. Con referencia al derecho a recurrir se tiene que el Abogado C.E.M.T., ejerce la representación del Señor J.A.C.R.D., querellante autónomo, por lo que se halla cumplida la exigencia prevista en el Art. 449 del C.P.P.

5. Respecto al objeto del recurso de casación se observa que la recurrente utiliza este medio de impugnación contra una sentencia definitiva del Tribunal de Apelaciones que resolvió absolver a M.G.V.S.F. En este contexto, el objeto de casación se adecua a los presupuestos del art. 477 primera alternativa del C.P.P.
6. En el siguiente presupuesto de admisibilidad de la casación, corresponde analizar si la presentación recursiva planteada cumple con los requisitos de fundamentación del recurso, según lo establecen los artículos 449, 450, 468 párrafo primero y 478 C.P.P.
7. En este sentido, considero que la casación procesal planteada por el abogado de la querella autónoma (fs. 155/161) que invoca el artículo 478 inc. 3 del C.P.P., en concordancia con el art. 403 numeral 4) del C.P.P., es admisible puesto que en su escrito de casación argumenta que el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones que absuelve a M.G.V.S.F. es una sentencia infundada.
8. Primer agravio procesal: Alega que el Tribunal de Apelaciones incorrectamente declaró que el escrito de apelación especial ha sido presentado en forma hábil. Alega que el recurso de apelación especial debió declararse inadmisibile por extemporáneo, ya que el momento para el cómputo es a partir de la notificación por su lectura de la sentencia de acuerdo con lo establecido en el Art. 399 del C.P.P., y no desde, la notificación personal.
9. Segundo agravio procesal: Afirma que la sentencia posee vicio de sentencia aparente y contradictoria, porque, dice que la sentencia de primera instancia se basa exclusivamente en las pruebas ofrecidas por la querella, y que el Juez debió analizar todas las pruebas, dando a entender que la valoración probatoria ha sido realizada en forma parcial, sin embargo, no hace mención a qué prueba no fue valorada por el Tribunal de Sentencia.
10. Tercer agravio procesal: Alega que el Tribunal de apelaciones vulneró el principio de inmediación, al aplicar la eximente de la punibilidad prevista en el Art. 151 inc. 4° del C.P., pues se trata de una cuestión fáctica que no puede ser aplicada por los tribunales de alzada.

11. Cuarto agravio procesal: Afirma que el Tribunal de Apelaciones debió reenviar el proceso a otro Tribunal de Sentencia, y no decidir directamente la absolución de conformidad al Art. 473 del C.P.P., porque su fundamentación indica un problema en cuanto a la valoración probatoria, por lo tanto, no corresponde la absolución.
12. Bajo el examen efectuado y de acuerdo a los presupuestos legales expresados, cabe DECLARAR ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto. ES MI VOTO.
13. A su turno, la Ministra Llanes Ocampos dijo: En cuanto a la primera cuestión: comparto la posición asumida por el Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia respecto a la admisibilidad del recurso, con la siguiente aclaración:
14. Con relación a la impugnabilidad objetiva, el art. 477 del Código Procesal Penal establece: Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las Sentencias Definitivas del Tribunal de Apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.
15. En este sentido, el cuantificador lógico solo denota la imposibilidad de interposición del recurso de casación contra las resoluciones que no pongan fin al procedimiento, teniendo en cuenta, el principio de taxatividad objetiva que selecciona algunas decisiones jurisdiccionales, dejando fuera del elenco legal a las demás.
16. También, conviene aclarar que en el caso del enunciado normativo "...contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena", la "o" es utilizada para expresar equivalencia, entre las sentencias definitivas y otras resoluciones que ponen fin al procedimiento.
17. Afirmamos esto con apoyo en la doctrina que reconoce a la "sentencia" como la decisión que pone fin a la instancia, dictada por el tribunal decisor sobre la base de un juicio oral. Sobre el punto, explica ROXIN que "Al igual que en el proceso civil, se diferencia

entre sentencia procesal y sentencia material. A través de la sentencia procesal el procedimiento es declarado inadmisibile (“el procedimiento es sobreseído”). A través de la sentencia de mérito se decide sobre si existe o no una pretensión sancionatoria del Estado; por ello, estas sentencias versan sobre la condena, la absolución o la orden de aplicar una medida de seguridad y corrección”.²³

18. Sumado a lo anterior, con respecto a las resoluciones judiciales denominadas “autos interlocutorios”, el artículo 124 del C.P.P., indica que mediante las mismas deben decidirse cuestiones incidentales que requieran previa sustanciación, no obstante, aclara que “las decisiones que pongan término al procedimiento... también serán resueltas en la forma de autos interlocutorios”.
19. Por tanto, las resoluciones impugnables a través del recurso de casación, independientemente de su forma (S.D. o A.I.) son aquellas que contienen una decisión sobre el fondo del caso (condena o absolución) o las que sin contener un pronunciamiento sobre el fondo, igualmente conllevan la conclusión o cierre del procedimiento y por lo tanto, gozan de eventual aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada (sobreseimiento definitivo, decisiones sobre la prescripción, extinción de la acción, desestimación de la denuncia - primera alternativa, entre otras).
20. Además, el Prof. Fernando de la Rúa, en su obra “La Casación Penal” (p. 178. Buenos Aires, 2000), apunta: ...las condiciones para la impugnación, consideradas desde un punto de vista objetivo, son el conjunto de requisitos genéricos que la ley establece para su admisibilidad, sin vincularlas particularmente a un sujeto procesal determinado, señalando las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación.
21. Como se aprecia, la resolución impugnada por el casacionista pone fin al procedimiento; además, de los fundamentos expuestos por el recurrente se verifica que ha descrito puntualmente

²³ Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Bs. As. - 2.000. Capítulo 9: Sentencia, acta de la audiencia y cosa juzgada. Pag. 415.

las razones que amparan el análisis del pronunciamiento jurisdiccional, en qué consistió el daño inferido, cuál fue la norma transgredida como la solución pretendida, cumpliendo así los requisitos legales para ser atendido por esta máxima instancia, por tanto, la admisibilidad del recurso es indiscutible²⁴.

22. A su turno, el Ministro Benítez Riera, dijo: Adhiero mi voto al del preopinante Dr. Manuel Ramírez Candia en cuanto a la declaración de admisibilidad, aclarando cuanto sigue:
23. En relación a la impugnabilidad objetiva el art. 477 del C.P.P. establece lo siguiente: “Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.”.
24. De acuerdo a lo previamente señalado, la expresión de condición “solo” determina la imposibilidad de interponer recurso de casación contra las resoluciones que no pongan fin al procedimiento de acuerdo con el principio de taxatividad objetiva dejando fuera de elenco a las demás.
25. Consecuentemente, las resoluciones objeto de casación son las que provienen de un tribunal de apelación, cumpliendo además con la condición de poner fin al procedimiento. Es mi voto.

II. PROCEDENCIA

26. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DOCTOR RAMÍREZ CANDIA SOSTUVO: Entrando a analizar el fondo de la cuestión y a la luz de los agravios de la querella autónoma en cuanto a la

²⁴ En efecto, la tercera causal condiciona que el escrito casatorio vislumbre una correcta argumentación jurídica en atención al carácter extraordinario y eminentemente técnico de la casación que exige una concordancia armónica entre motivo, fundamentación y propuesta de solución que integran los imprescindibles eslabones formales a las que está supeditada la procedencia del recurso, lo que presupone que los agravios deben contener un plexo argumental razonado y autosuficiente que identifica los defectos que anidan en el fallo, demostrando clara y concretamente la violación existente, el vicio o error del que adolece el fallo impugnado, el modo como se afecta los derechos y su carácter de infundado, ya que tal exigencia constituye el elemento primordial de contenido crítico, valorativo y lógico de la impugnación que fija la competencia y determina el ámbito de control del órgano revisor.

falta de fundamentación por parte del tribunal de apelaciones, se le debe dar la razón por las siguientes razones:

27. En cuanto al primer agravio procesal, que hace a la extemporaneidad de la presentación del recurso de apelación especial, de las constancias de autos tenemos que la señora M.G.V.S.F. y su abogado defensor no se presentaron el día de la lectura de la sentencia, por lo tanto, el Tribunal decidió notificar personalmente a la querellada en fecha 11 de junio del 2.019 (fs. 128).
28. Cabe destacar que la notificación personal exigida en el Art. 153 del C.P.P. no está restringida a que la notificación sea efectuada por su lectura o por cédula de notificación, de ello se deduce que lo que busca la norma procesal es el conocimiento directo por parte del acusado en los casos en que se dicte una sentencia de condena. Además, el Art. 156 del C.P.P., como complemento de la notificación personal, busca que el procesado tenga un conocimiento efectivo en los casos de sentencia de condena, de los plazos que tiene para impugnar la resolución, esta puede ser realizada en forma verbal o por escrito, sobre los recursos y el plazo para su interposición, a los efectos de garantizar, su derecho al recurso, lo cual se encuentra previsto en el Art. 16 de la Constitución que es una manifestación del derecho a la defensa.
29. Las normas específicas de cómo debe desarrollarse el juicio oral y público son las que deben ser tomadas en consideración para la resolución del presente caso y, como lo impone la norma establecida en el Art. 399, última parte, del C.P.P., la notificación por su lectura sí tiene el efecto procesal de generar el transcurso del plazo para interponer los recursos establecidos en la Ley, puesto que la citación hecha al final de la audiencia de debate oral para que los presentes, entre ellos el procesado, acudan a la lectura integral de la sentencia cumple con el objetivo de hacer saber de manera directa a este cuando se ha dictado una decisión condenatoria, siempre que el acusado esté en libertad para poder asistir a la audiencia. En dicho sentido, ya he expresado con anterioridad que la práctica de realizar notificaciones por cédula luego de realizada la lectura integral de la sentencia distorsiona lo establecido en el Código Procesal (A y S N° 1009 del 27 de diciembre del 2.019 dictado por la Sala Penal de

la Corte Suprema de Justicia en la causa: “H.D.E.R. S/Homicidio Culposo y Omisión de Auxilio”.

30. Ahora bien, en el caso de autos, el Tribunal de Sentencia al no poder llevar adelante la notificación por su lectura según lo dispuesto en el Art. 399 del C.P.P. por inasistencia de la querellada, consideró pertinente realizar la notificación personal por cédula, a los efectos de que la misma pueda tener un conocimiento efectivo y real del fallo condenatorio, y que pueda ejercer su derecho al recurso.
31. En general, los Tribunales de Sentencias no tienen la obligación de realizar una notificación por cédula cuando los intervinientes no comparecen a la audiencia pudiendo hacerlo y sin justificar sus ausencias. Ahora bien, el Tribunal de Sentencia decidió realizar la notificación personal por cédula a la querellada, generando un nuevo plazo a partir de la notificación personal, por lo que, considero por ello que esta última – realizada en fecha 11 de junio del 2.019 – es la que debe tomarse como válida para el inicio del cómputo para la interposición de recursos.
32. En estas condiciones, la notificación por su lectura no puede tener el efecto de declararle notificada, por lo que partiendo para el computo desde la notificación personal (11 de junio del 2.019), y la presentación del escrito de apelación especial (26 de junio del 2019), el plazo efectivamente no se hallaba vencido al momento de interponer el recurso de apelación especial, por lo tanto, corresponde rechazar este agravio procesal en concreto.
33. En cuanto al segundo agravio, vicio de la sentencia por fundamentación aparente y contradictoria, el tribunal de apelaciones en su fundamentación, primero se refiere a una supuesta insuficiencia probatoria, argumentando que el tribunal unipersonal debió valorar todas y cada una de las pruebas producidas en el juicio oral y público, y como conclusión afirma que la conducta de la querellada G.V.S. no se subsume dentro del tipo legal de difamación, porque, la querellada participó de una entrevista donde mencionó el nombre del querellante, pero la misma fue realizada con el objeto de defender los intereses de la colectividad de la Universidad Nacional de Asunción.

34. El tribunal de apelaciones incurre en un vicio por sentencia contradictoria e insuficiente, pues cuando se refiere a los errores en la fundamentación probatoria debió decir expresamente cuál es la prueba que no ha sido valorada por el Tribunal de Sentencia, y no limitarse a decir, que no se valoraron todos los medios probatorios. Además, debió explicar cómo esta prueba que no ha sido valorada tiene un valor decisivo sobre el mérito de la sentencia.
35. Cabe destacar que cuando se analizan los reclamos planteados por las partes corresponde que sean separados para su estudio y tienen que ser agrupados en atención al tipo de agravios formulados, sean estos de orden procesal o material, y esto es así por la incidencia que tiene en la solución del caso.
36. Así, corresponde en primer lugar el estudio de los errores procesales invocados ya que si estos efectivamente son detectados procede el reenvío de la causa, siempre y cuando puedan ser subsanados en un nuevo juicio oral y público, o procede el sobreseimiento definitivo por decisión directa, siempre que el error procesal constituya a su vez un obstáculo procesal que impida la persecución del proceso, a modo de ejemplo, la nulidad del proceso por falta de indagatoria, no puede ser reparada por vía del reenvío, por lo tanto, la única solución procesal es el sobreseimiento definitivo.
37. Por lo tanto, cuando se advierten errores respecto a la sana crítica, lo que procede es el reenvío a otro tribunal de sentencia, en cambio, si el planteamiento de la apelación se refiere a un error material, esto habilita al Tribunal revisor a examinar la punibilidad de la conducta, en su totalidad, desde la tipicidad objetiva y subjetiva, antijuridicidad, reprochabilidad y la punibilidad, aún cuando solo se haya denunciado un error respecto a un presupuesto determinado.
38. Otro error cometido por el Tribunal de Apelaciones, es cuando considera que se dan las condiciones previstas en el Art. 151 inc. 4° del C.P., porque según sus dichos, las declaraciones realizadas tuvieron como objeto defender los intereses de la colectividad, lo cual resulta infundado, ya que debieron realizar una ponderación de acuerdo con los intereses y el deber de averiguación

que incumba al autor que de acuerdo con las circunstancias del caso, constituyan un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados. En conclusión, la simple afirmación de que las declaraciones realizadas por la querellada fueron con el objeto de defender intereses de la colectividad, resulta infundada.

39. Por todo lo mencionado precedentemente, corresponde HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abogado C.E.M.T., por la defensa de J.A.C.R.D., contra el Acuerdo y Sentencia Nro. 211 de fecha 10 de diciembre de 2019 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la circunscripción judicial de Central y, en consecuencia, ANULAR la resolución impugnada.
40. Ahora bien, habiendo sido atendida una casación procesal y por contener la sentencia vicios que son subsanables, corresponde la aplicación del Art. 474 del C.P.P.²⁵ y decidir directamente sobre la procedencia o no del recurso de apelación especial interpuesto por la defensa de M.G.V.S..
41. Sobre el escrito de apelación especial planteado por la defensa de la Sra. M.G.V.S., cabe realizar las siguientes consideraciones:
42. Realizando una lectura íntegra del escrito en cuestión, resulta sumamente difícil entender si los agravios son de índole material o procesal. Si bien hace un pequeño relato de los hechos y realiza quejas y reclamaciones sobre que la entrevista fue realizada en el marco de la lucha gremial y no de carácter personal, por lo tanto, afirma que este tipo de acciones no puede ser considerada como una conducta punible, resultan imprecisas sus argumentaciones, ya que, al plantear errores respecto a la aplicación de la norma penal, es deber del recurrente expresar si las circunstancias fácticas acreditadas por el Tribunal de Sentencia, cumplen las condiciones requeridas por la Ley para que no sea penada la conducta del autor, y no en forma genérica, tal

²⁵ Artículo 474. DECISIÓN DIRECTA. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío

como expone la defensa. Así, la aplicación del art. 151 inc. 4° del C.P., no constituye un presupuesto de punibilidad, sino es una causal de eximición de la pena establecida por el Legislador por razones político – criminales.

43. Como segundo agravio procesal, afirma que la sentencia del Tribunal de Mérito no ha observado las reglas de la sana crítica, en razón a que no existe una operación lógica, basada en la certeza de sus conclusiones.
44. Este agravio está mal formulado, porque, la recurrente no expresa cual es el error específico en el que incurrió el Tribunal de Sentencia, en el sentido de que no explica en qué forma se afectaron las reglas de la sana crítica, es decir, debió establecer en qué sentido las conclusiones arribadas no fueron producto de una valoración razonada de los medios de prueba conforme a la lógica, las reglas de experiencia, hechos notorios y razón suficiente. Además, debió establecer de qué manera la afectación de las reglas de la sana crítica incide de manera directa en el veredicto de punibilidad, ya que el Código Procesal Penal establece que la nulidad por violación de la sana crítica solo se da cuando se trata de elementos probatorios de valor decisivo y en el agravio desarrollado no se establece este extremo, por lo tanto, es infundado.
45. En conclusión, el escrito se encuentra completamente desprovisto de fundamentación en cuanto a sus agravios, razón por la cual la S.D. Nro. 15 de fecha 27 de mayo del 2.019 debe ser confirmada.
46. En cuanto a las costas procesales generadas en esta instancia, considero que deben imponerse a la parte vencida, por imperio de los Arts. 261 y 269 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.
47. A su turno, la Ministra Llanes Ocampos, dijo: Con relación a la segunda cuestión: disiento, respetuosamente, de la opinión del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia, pues considero que corresponde declarar la prescripción de la causa y el sobreseimiento definitivo de M.G.V.S.F., por los siguientes fundamentos:
48. En primer lugar, cabe aclarar que es criterio constante de esta judicatura verificar –luego, de la admisibilidad– la vigencia de

la acción penal o perseguibilidad del hecho concreto, pues de constatarse algún obstáculo legal –ej. la prescripción material– no solo quedará vedada la posibilidad de aplicación de cualquier sanción penal sino también impedirá seguir con el estudio del recurso de casación.

49. Antes de referirme directa y concretamente a dicho análisis, considero oportuno realizar algunas observaciones sobre la imposibilidad de aplicar a los hechos punibles de acción penal privada, los arts. 101, 102, 103, 104 del C.P. referentes a la prescripción de los delitos de acción penal pública. En tal caso, debe ser aplicado los arts. 97, 98, 99, 100 del C.P. respecto a la instancia, por la falta de regulación del instituto de la prescripción de los hechos punibles de acción penal privada.
50. Primeramente, es necesario explicar que en el ordenamiento jurídico alemán el “Ministerio Público” es el órgano encargado de perseguir todos los hechos punibles descritos en él, lo cual no significa que se haya omitido contemplar los delitos de acción penal privada, pues en forma similar a nuestro Código Procesal Penal establece algunos como: las lesiones corporales, la amenaza, la violación de domicilio, las injurias, el daño, entre otros. Empero, la diferencia radica en la perseguibilidad de los mismos, ya que, en Alemania la fiscalía está facultada a promover la acción penal privada cuando existe interés público²⁶, incluso puede cancelarla y asumirla en cualquier momento²⁷. Sin embargo, nuestros legisladores adoptaron una política distinta al establecer que la acción penal privada únicamente es perseguible por querella de la víctima o de su representante legal conforme al procedimiento especial establecido en el C.P.P.²⁸.

²⁶ (§ 376 StPO)

²⁷ (§ 377 II StPO; Roxin/Schünemann [2.019]. Derecho procesal penal, traducción del original en alemán por Amoretti, M. & Rolón, D. 1ra ed. Buenos Aires: Didot. C. p. 726).

²⁸ Artículo 48. EXCEPCIONES. Los procedimientos por hechos punibles de acción privada seguirán las reglas de conexidad, pero no podrán acumularse con procedimientos por hechos punibles de acción pública.

51. En ese contexto, la diferencia entre la acción penal pública y la privada no es más que la determinación de quien tiene ese derecho —o más bien legitimación— a perseguir y solicitar la punición de un hecho ante el órgano jurisdiccional competente.
52. Ahora bien, con relación a la prescripción la opinión dominante²⁹ en Alemania —tras varias décadas de discusión³⁰— la considera como un instituto mixto o de doble naturaleza que pertenece al mismo tiempo tanto al derecho material como al derecho procesal penal. Así por ejemplo, Jeschek [1.993] adhiriéndose a esta corriente mixta, primero afirmó que con el paso del tiempo la necesidad de pena disminuye hasta desaparecer por completo, tanto desde la perspectiva de la retribución y de la prevención general como de la óptica de la finalidad resocializadora de la pena; asimismo, expresó que conforme a la experiencia procesal,

²⁹ (según Sternberg-Lieben/Bosch [.014] en StGB-Schö78 y Sigs., Nm. 3). nke/Schröder Kommentar. 29na ed. Múnich: C.H. Beck. Consideraciones previas a los §§ .

³⁰ Antiguamente, se sostuvo que la prescripción constituía únicamente una causa de supresión de la punibilidad (Strafaufgegungsgrund) porque prohibía tanto la persecución penal como el derecho a castigar, y en ese sentido como prescripción de la pretensión (Anspruchverjährung) y no como prescripción de la acción (Klageverjährung) que pertenecía solo al derecho material y no al derecho procesal (v. Liszt, F. [1932]. Lehrbuch des Deutschen Strafrecht. Tomo I. 26ta ed. Berlin-Leipzig: de Gruyter. p. 451 y Sig.). Esta corriente afirma, esencialmente, que los efectos de la prescripción se fundan en que el transcurso del tiempo hacía desaparecer la necesidad de imponer una pena. Posteriormente, se dijo que la prescripción constituía un obstáculo procesal (Verfahrenshindernis) que pertenecía solo al derecho procesal penal y no al derecho material. Esta corriente afirma que el que el fundamento de la prescripción radica en que con el paso del tiempo las pruebas no solo se pierden sino también su valor, siendo imposible llevar adelante la persecución penal (BGH 2 305), incluso refiere que la prescripción tiene una función disciplinaria con la que se pretende prevenir la inactividad de los órganos de persecución estatal y que sus efectos alcanzan únicamente a la perseguibilidad del hecho —no a su punibilidad— por tanto, debe ser comprendida mejor como un desistimiento del Estado de la persecución del hecho (Jähnke [1.985], en StGB-Leipziger Kommentar. 10ma ed. Berlin- Nueva York: de Gruyter. Consideraciones previas a. § 78, Nm. 9).

el distanciamiento temporal del proceso al hecho enjuiciado acarrea dificultades probatorias que conllevan el peligro de sentencias erróneas, aunque este último elemento no es decisivo, de ahí la prescripción constituye una causa de supresión de la punibilidad pese a estar configurada jurídico-procesalmente como un obstáculo procesal³¹. Luego, se retractó en la afirmación de que se trata de una causa de exclusión de la pena, pero, se mantuvo en la corriente mixta afirmando que los fundamentos de la prescripción residen esencialmente en el derecho material, aunque sus efectos se limitan al proceso³².

53. Estos fundamentos fueron trasladados a nuestro Código Penal, según el cual, la figura de la prescripción sirve como sanción para la prevención de la inactividad de los órganos estatales, considerando que el particular no es un órgano de persecución estatal y, la sanción constituye la consecuencia del incumplimiento de algún deber o norma de conducta.³³.
54. Con base en esto, puede afirmarse que nuestro código de fondo reconoce aquellos fundamentos materiales —defendidos tanto en la corriente material pura como en la corriente mixta: material-procesal— que dan sustento a la prescripción. La importancia de resaltar esto radica en que los fundamentos materiales

³¹ (Tratado de Derecho Penal Parte General. 4ta ed. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. España: Comares. p. 822).

³² (Jescheck/Weigend [2.002]. Tratado de Derecho Penal Parte General, 5ta ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares. p. 982 y Sig.).

³³ De esta manera, se concluye que nuestro legislador a pesar de conocer todas las discusiones existentes en sus fuentes, decidió incluirla nuevamente en el texto legal de fondo porque no rechazó la idea de que la prescripción tiene —aunque sea en parte— una naturaleza material y no meramente procesal, pues de haberla considerado únicamente con naturaleza procesal hubiese dejado su regulación enteramente al código de forma que fue elaborado posteriormente. A igual conclusión llegó Lorenz, M. [1.966]. Über das Wesen der strafrechtlichen Verjährung, en Goldtammer's Archiv für Strafrecht. pp. 371-374, 372 al comentar la posición tomada en la 25ta reunión de la Großen Strafrechtskommission para reformar el StGB, de mantener la regulación de la prescripción en su código penal;

son aplicables tanto a los hechos punibles de acción penal privada como a los hechos punibles de acción penal pública. Esto es así porque la acción no es otra cosa que el derecho autónomo a reclamar del órgano jurisdiccional que [...] se pronuncie, positiva o negativamente, sobre una pretensión jurídica a él sometida³⁴, pretensión que en este caso consiste, esencialmente, en la punición de un delito³⁵.

- 55.** Incluso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha visto en la “prescripción” una forma de concreción del derecho fundamental a obtener un pronunciamiento definitorio en un plazo razonable, es decir, un derecho de todo ciudadano de que se termine su situación de incertidumbre, creada por el Estado, posibilitándole obtener un pronunciamiento final que defina adecuadamente su situación ante la ley penal³⁶. Esta idea se encuentra además en línea con la idea generalmente aceptada³⁷, incluso fuera del ámbito del derecho penal, de que la prescripción debe servir a la paz jurídica evitando la eternización de los conflictos jurídicos.
- 56.** En conclusión, la decisión de nuestro texto procesal penal de prever que algunos hechos punibles sean perseguibles solamente por el particular ofendido y no por el Ministerio Público, en nada afecta a la aplicación de la prescripción. Por tanto, cuando el Art. 101 C.P. establece que la prescripción de un hecho

³⁴ (Oderigo, M. [1.980]. Derecho procesal penal. Tomo I. 2da ed. Buenos Aires: Ediciones De Palma. P. 194 con más citas).

³⁵ Por tanto, si un hecho solo puede ser perseguido por el particular ofendido tampoco afecta que con el paso del tiempo se dificulte la posibilidad de reconstruir probatoriamente el hecho y aumente la posibilidad de condenas erradas (idea que es defendida tanto en la corriente puramente procesal como en la mixta material-procesal).

³⁶ De acuerdo a lo previsto en los Arts. 7.1. y 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el Art. 9.2. del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (C.S.J. Sala Penal Ac. y Sent. N° 692/2.010).

³⁷ (Lemke, M.2005. StGB - Nomos Kommentar. 2da ed. Baden-Baden: Nomos. Observaciones previas a los §§ 78 y Sigs. Nm. 5; Fischer, T. [2015]. Strafgesetzbuch. 62da ed. Múnich: C.H. Beck. Observaciones previas al § 78 Nm. 1).

punible impide la aplicación de una sanción penal, esto se refiere tanto a la aplicación de una sanción penal en procedimiento de acción penal pública como en un procedimiento de acción penal privada. De más está decir que con la aplicación de una sanción en este contexto se hace referencia a la imposición de una sanción por medio de una sentencia de condena, y no a la ejecución de una sanción ya impuesta. La prescripción de la ejecución de una sanción ya impuesta, se encuentra regulada en los Arts. 14 y Sigs. del Código de Ejecución Penal.

57. Por otra parte, cabe recordar que el Código Penal vigente solamente regula el régimen de la acción penal pública en sus 2 modalidades: a) de oficio, a cargo del Ministerio Público; b) a instancia de la víctima, a través de la denuncia o querella autónoma³⁸. Lo que claramente demuestra la inobservancia del art. 23 de la Constitución paraguaya (*exceptio veritatis*) y el olvido de los legisladores. Sin embargo, esta situación ha sido modificada a partir de la sanción del Código Procesal Penal porque en ese momento los legisladores se percataron que la Constitución paraguaya también contemplaba la existencia de delitos de acción penal privada –art. 23– por lo que decidieron introducir dentro del nuevo ordenamiento procesal penal los hechos punibles de acción penal privada a los efectos de salvar la situación³⁹ estableciendo una norma, el Art. 17, que convierte en delitos de acción penal privada, los delitos de acción pública a instancia de la víctima concebidos –en principio– por el Código Penal como de naturaleza pública.

³⁸ Por lo que los hechos punibles cuando se refieren al ejercicio de la acción penal pública, no hacen ninguna mención dentro de la norma, sin embargo, cuando se trata de hechos punibles de acción pública a instancia de parte, el código expresamente lo dice en cada caso.

³⁹ Técnicamente no fue lo correcto, pero, el Parlamento antes que derogar la Ley N° 1.160/97 que acababan de aprobar prefirieron esta salida para rectificar la grave omisión en la que habían incurrido. Por consiguiente, tomaron el Código Penal, seleccionaron una serie de hechos punibles y los convirtieron en delitos de acción penal privada, los cuales fueron incorporados a través del art. 17 del C.P.P. aprobado. Rige en este caso el procedimiento especial previsto en el Título III, arts. 422 al 426 del mismo texto legal.

58. De esta manera, fue incorporada nuevamente la acción privada en el régimen vigente en concordancia con lo establecido en nuestra carta magna. Empero, no se modificó de manera integral y concordante el sistema legal ya que no determinó la vigencia temporal de los delitos y su persecución. Y como en materia penal están prohibidas las interpretaciones extensivas y analógicas que perjudiquen al imputado, se mantiene vigente y es aplicable a estos casos lo establecido para el cómputo del plazo legal de vigencia de los hechos punibles y la instancia del procedimiento.
59. Tal es así que para los delitos de acción penal pública rigen los artículos 101, 102, 103,104 del Código Penal vigente. Mientras que para los delitos de acción penal privada rige lo previsto en el art. 98 y art. 156 del mismo cuerpo legal y, esto es así por el principio de legalidad que rige en el sistema penal consagrado en el aforismo *nullum poena sine lege, stricta et praevia*, no permite interpretaciones extrañas o ajenas a lo previamente establecido en la ley de manera expresa. Por lo que la interpretación en estos casos debe regirse por la ley penal que establece que los delitos a instancia de la víctima sólo pueden ser perseguidos hasta dentro de los seis meses, los cuales deberán ser resueltos en ese mismo plazo.
60. En resumidas cuentas, la instancia debe interpretarse en el sentido amplio que he indicado, lo cual determina que es posible aplicarla a los hechos punibles de acción penal privada que tiene como resultado que el particular ofendido deba promover la querrela autónoma dentro de los seis meses de que tuvo conocimiento del hecho. Este plazo, también rige para la prescripción, ya que permite acortar el estado de incertidumbre en el cual se encuentra el supuesto autor del hecho y, como podrá verse, este entendiendo ayuda a realizar el derecho de todo justiciable a ser juzgado en un plazo razonable –prescripción– previsto tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos ya que el supuesto autor del ilícito se encuentra en un estado de incertidumbre hasta tanto se dicte resolución, lo que ciertamente causa zozobra en el mismo.

61. Hechas estas salvedades, prosigo con el estudio de autos.
62. En el presente caso, el tribunal unipersonal calificó la conducta de M.G.V.S.F. dentro del tipo penal de DIFAMACIÓN (art. 151, inc. 1 y 2, C.P.), el cual prevé como sanción penal “la pena de multa”, la cual, deberá ser equiparada a los seis meses establecidos en el art. 98, inc. 1 del C.P. (conforme a los fundamentos expuestos ut supra). Además, este monto responde al principio de proporcionalidad incrustado en la ley penal de fondo como uno de los pilares de la persecución y la aplicación de sanciones a los efectos de asegurar garantías y derechos frente a limitaciones o amenazas para ellos, teniendo en cuenta que toda actuación estatal que constriña algún derecho para proteger otro derecho fundamental, debe ser equilibrada considerando el contenido y finalidad de cada uno de los derechos protegidos⁴⁰.
63. Al respecto, se observa que la víctima tomó conocimiento del hecho el 27 de marzo del 2018 e instauró –dentro del plazo de 6 meses– la querrella el 13 de septiembre del 2018. Sin embargo, la sentencia fue dictada el 27 de mayo del 2019, es decir, fuera del plazo enmarcado en la normativa. Esta inobservancia, también fue omitida por el Tribunal de Apelaciones que dictó el Acuerdo y Sentencia N.º 211 del 10 de diciembre del 2019 que resolvió anular la SD N° 15 de fecha 27 de mayo del 2019 y como decisión directa absolver de reproche y culpa a M.G.V.S.F.
64. De esta manera, resulta evidente la vulneración de la garantía judicial del plazo razonable la cual constituye un presupuesto imprescindible del debido proceso legal y de la tutela jurisdiccional efectiva.
65. Por último, corresponde remitir compulsas de la presente causa a la Dirección General de Auditoría a los efectos de la averiguación y constatación de las actuaciones procesales llevadas a cabo por los profesionales abogados, auxiliares de justicia, así como los órganos jurisdiccionales en lo atinente a su adecuación a los

⁴⁰ Ilustrando, es injustificado que el legislador haya establecido un año de pena privativa de libertad en la sanción y el tiempo de persecución se extienda a tres años, pues los límites de perseguibilidad se tornarían excesivos y arbitrarios soslayando la relevancia y gravedad que el legislador asignó a determinado hecho punible.

JURISPRUDENCIA

plazos legales de resolución, por dilaciones indebidas, retardo injustificado o ejercicio abusivo del derecho, configurados en la tramitación del presente proceso, en el caso de que los hubieren.
ES MI VOTO.

- 66.** A su turno, el Ministro Benítez Riera, dijo: Ahora bien, ya sobre lo sustancial de la cuestión, voto igualmente en el sentido señalado por el Ministro preopinante, por lo cual, se debe hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos, debiendo confirmarse la sentencia primigenia por decisión directa en virtud a la disposición legal contenida en el art. 474 del C.P.P. Es mi voto.
- 67.** 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:

Asunción, 21 de junio del 2022.

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

1. DECLARAR ADMISIBLE el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 211 del 10 de diciembre del 2019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central.

2. ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 211 del 10 de diciembre del 2019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central, y por decisión directa confirmar la S.D. Nro. 15 de fecha 27 de mayo del 2019.

3. IMPONER las costas a la parte vencida.

4. ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia, Dra. María Carolina Llanes Ocampos y Dr. Luís María Benítez Riera.

ANTE MÍ: Abg. Karina Penoni. Secretaría Judicial III.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

ACUERDO Y SENTENCIA N° 96

***Cuestión debatida:** En el presente fallo se analiza si el Tribunal de apelación en lo penal es competente para entender el Recurso de Apelación Especial interpuesto. Deberá determinarse si es admisible el recurso y si fueron aplicadas correctamente las leyes penales de forma y de fondo.*

RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Admisibilidad.

Es deber del Tribunal de Apelación formular criterios sobre la admisibilidad del Recurso de Apelación Especial, de acuerdo a las reglas del artículo 471 del C.P.P. y en esta perspectiva conviene tener presente que la pretensión recursiva debe cumplir con algunos presupuestos básicos para su consideración por el Tribunal de Apelaciones como: a) presentación en tiempo; b) cumplimiento de los requisitos formales y c) que la resolución recurrida sea afectable al recurso interpuesto.

RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Procedencia.

El recurso de apelación especial previsto en nuestro ordenamiento procesal penal, constituye un medio para impugnar las sentencias de los tribunales de sentencia, pero limitándolo a cuestiones jurídicas. Es decir, que tiene por finalidad la revisión por parte de este Tribunal de Segunda Instancia en cuanto a la interpretación y aplicación que de la ley haya hecho el Tribunal de Sentencia, definiendo y valorando jurídicamente los hechos establecidos en la sentencia, y si existiera necesidad poniéndolos en congruencia con la norma jurídica que rige el caso, todo esto dentro del campo puramente jurídico, con la imposibilidad de analizar el “merito” de las pruebas, de revalorarlas o modificar los hechos en cuya producción y discusión no se ha participado en base al principio de inmediación que sirve de corolario al juicio oral y público, pues de lo contrario el debate realizado carecería de sentido.

Actualmente la doctrina es unánime respecto a la posibilidad de que un Tribunal pueda verificar la actuación de Tribunal inferior como método de control de las resoluciones emanadas.

RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Convencionalidad.

El otorgamiento de la facultad de recurrir debe ser amplio, tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (impugnabilidad objetiva). Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José de Costa Rica, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en el proceso penal.

RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL. Convencionalidad.

De acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica todas las sentencias deberían poder ser recurridas. El otorgamiento de la facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (impugnabilidad objetiva). Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José de Costa Rica, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en el proceso penal.

Se ha cumplido con los presupuestos del ritual, en cuanto a la forma — presentación escrita, fundamentación, traslado a las partes, etc. la apelación especial es pertinente en virtud de que la sentencia recurrida fue dictada en un Juicio Oral y Público realizado ante el Tribunal de Sentencia Colegiado, por lo que el objeto de la apelación se ajusta a la disposición del Art. 466 del C.P.P. consecuentemente, cabe concluir, que concurren los tres presupuestos formales para declarar admisible el curso interpuesto.

FEMINICIDIO.

Ley N° 5.777, que dispone en su artículo 50.- “Feminicidio. El que matara a una mujer por su condición de tal y bajo cualquiera de las siguientes circunstancias, será castigado con pena privativa de libertad de diez a

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

treinta años, cuando: a) El autor mantenga o hubiere mantenido con la víctima una relación conyugal, de convivencia, pareja, noviazgo o afectividad en cualquier tiempo. Cabe recordar que este Tribunal de Alzada puede evaluar si se han cumplido las reglas previstas para establecer el quantum de la pena, ahora bien ciertas circunstancias como por ejemplo las vinculadas a la personalidad, conducta y condiciones de vida del procesado, es una tarea de evaluación de los hechos, siendo así competencia exclusiva del Tribunal de Sentencia mediante el principio de inmediación.

**Tapel. en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central
11/08/2022 “U. E . N. s/ Femicidio” (Ac y Sent. N° 96).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal acordó plantear y expedirse de acuerdo a las reglas de deliberación establecidas en el art 403 inc. 7 del C.P.P, en relación a las siguientes:

CUESTIONES:

- 1) ¿Es competente este “Tribunal para entender el Recurso de Apelación interpuesto
- 2) ¿Es admisible el recurso deducido?
- 3) ¿Fueron aplicadas correctamente las leyes penales de forma y de fondo?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA: La Miembro del Tribunal de Alzada Dra. MARIA TERESA GONZALEZ DE DANIEL dijo: El recurrente interpuso Recurso de Apelación Especial contra la S.D. N° 970 del 20 de diciembre del 2021, dictada por el Tribunal de S tenía integrado por los magistrados: JAVIER SAPENA BIBOLINI, LIZ RAMIREZ y LETICIA FRACHI, como miembros titulares, por lo que conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 466 y 471 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 40 inc. 1, del mismo cuerpo legal, este Tribunal de Apelaciones resulta competente para entender sobre el recurso interpuesto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, La miembro del Tribunal de Alzada Dra. MARIA TERESA GONZALEZ DE DANIEL expresa: Es deber del Tribunal de Apelación formular criterios sobre la admisibilidad del Recurso de Apelación Especial, de acuerdo a las reglas del artículo 471 del C.P.P. y en esta perspectiva conviene tener presente que la pretensión recursiva debe cumplir con algunos presupuestos básicos para su consideración por el Tribunal de Apelaciones como: a) presentación en tiempo; b)

cumplimiento de los requisitos formales y c) que la resolución recurrida sea afectable al recurso interpuesto.

El otorgamiento de la facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (impugnabilidad objetiva). Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José de Costa Rica, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en el proceso penal.

De las constancias de autos, se constata que la resolución apelada es de fecha 20 de diciembre del 2021, notificándose al señor U. E. N. Z. S., en fecha 01 de febrero de 2022, interponiendo el Abg. H. C. G. el recurso de apelación especial en fecha 12 de enero del 2022, según el respectivo cargo obrante en autos, por lo que teniendo presente el plazo legal de diez días para la interposición del recurso, a partir de las notificaciones a las partes, las pretensiones fueron planteadas dentro del término legal previsto por el Art. 468 del C.1'.1°. ', además, se ha cumplido con los presupuestos del ritual, en cuanto a la forma — presentación escrita, fundamentación, traslado a las partes, etc. Igualmente, la apelación especial es pertinente en virtud de que la sentencia recurrida fue dictada en un Juicio Oral y Público realizado ante el Tribunal de Sentencia Colegiado, por lo que el objeto de la apelación se ajusta a la disposición del Art. 466 del C.P.P. consecuentemente, cabe concluir, que concurren los tres presupuestos formales para declarar admisible el curso interpuesto. Es mi voto.

A sus turnos los Excelentísimos Miembros Abg. MARIA LOURDES CARDOZO DE VÁZQUEZ y Abg. FABRICIANO VILLALBA, manifiestan adherirse al voto respecto a la admisibilidad por los mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA, La magistrada Dra. MARIA TERESA GONZALEZ DE DANIEL ha establecido que: Una vez admitido el recurso, corresponde el análisis de las últimas actuaciones acaecidos en la presente causa, a partir de la resolución judicial impugnada, en virtud de la cual el Tribunal A-quo ha resuelto: “1. DECLARAR la competencia de este Tribunal de Sentencia Colegiada, presidido por el Juez Penal Abg. JAVIER SAPENA BIBOLINI e integrado por los Jueces Penales Abg. LIZ RAMIREZ y Abg. LETICIA FRACHI, como primer y segundo miembro titular respectivamente, para entender y resolver en el presente juicio, así como la

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

procedencia de la nación instaurada. 2. DECLARAR la procedencia de la acción penal, iniciada por el Ministerio Público y la Querrella Adhesiva contra del acusado U. E. N. Z. S. 3. DECLARAR probado en juicio la participación del acusado U. E. N. Z. S. y la existencia del hecho punible de FEMINICIDIO. 4. DECLARAR demostrada en juicio la punibilidad del acusado U. E. N. Z. S, por su conducta Típica, antijurídica, reprochable. 5. CALIFICAR el hecho punible atribuido al acusado U. E. N. Z. S. dentro de las previsiones legales y conforme a lo preceptuado en el Art 50 inc. a) de la Ley Nro. 5.777/2016, en concordancia con el Art. 29 inc. 1 del Código Penal 6. CONDENAR EN MAYORÍA al acusado U. E. N. Z. S. de nacionalidad paraguaya, estado civil soltero, de 31 años de edad, nacido en fecha 02 de marzo del año 1.990, de profesión estudiante universitario, hijo de la señora T. C. y del señor R. N., con último domicilio en la calle Bartolomé de las Casas e/ Carios y Guaraníes del Barrio Vista Alegre, de la ciudad de Asunción, a la PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD de TREINTA (30) AÑOS, que la deberá cumplir en la Penitenciaría Regional de Emboscada, en libre comunicación y disposición del Juzgado de Ejecución competente, el cálculo y el cómputo definitivo de la pena a cargo del Juez de Ejecución, de conformidad n lo establecido Art. 494 del C.P.P. 7. MANTENER vigente la Prisión Preventiva que pesa sobre el acusado U. E. N. Z. S. por el A.I. Nro. 414 de fecha 15 de abril de 2018 (fs. 25 del expediente judicial). 8. IMPONER las costas del juicio en el orden causado. 9. LIBRAR los oficios correspondientes el Tribunal de Justicia Electoral, a la Comandancia de la Policía Nacional, Departamento de Migraciones y a la Sección de Estadísticas del Poder Judicial, para su registro correspondiente, y una vez firme y ejecutoriada la presente resolución, remitir estos autos al Juzgado de Ejecución Penal a sus efectos legales. 10. ANOTAR, registrar notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia... (sic).

El Defensor Público Abg. H. C. G., manifiesta agravios expresando cuanto sigue: '... a) Violación del principio de inmediatez e incumplimiento de las disposiciones de la Ley 6495/2020 y Acordadas. Refiere al inicio de la sentencia y en el primer párrafo dos afirmaciones incluso contrarias a las constancias de actas de juicio" se constituye el Tribunal Colegiado de Sentencia Nro. 2, Presidido en la Sala de Juicios Orales del Juzgado... Esta primera afirmación es falsa, pues en la misma acta de juicio oral y público, se deja constancia que las Miembros Abg. Leticia Frachi y Abg. Liz Ramírez eran quienes se encontraban en la "sala virtual en tiempo real a distancia

mediante la aplicación denominada Meet'. Es decir, la sentencia varia la situación plasmada en el acta y con ello difiere de la realidad, pues las personas se encontraban conectadas por videollamada eran efectivamente las juezas antes nombradas, de lo cual quedó constancias de autos. Por otro lado y se ha dejado constancia y esta defensa ha solicitado al Juzgado que se justifique el motivo preciso por el cual los testigos J. P. y M. C., prestaría declaración vía video llamada y no presencial tal como lo hicieron los otros testigos. B) Incumplimiento de las disposiciones del artículo 371 del C.P.P. Dicho artículo finalmente dispone que el ingreso de elementos probatorios o medios que fueron introducidos a juicio produce la nulidad absoluta de todo juicio. Documentales: Acta de Procedimiento en la Morgue Judicial de fecha 11 de abril de 2.018 Fs. 5 y vlto. v 5 Certificado de Defunción N° MF-0036910 de N.L.S.A. En relación a dicha documental introducida a juicio oral por el Tribunal y por ende debe ser valorado acorde a las reglas de la sana crítica, no reúne los requisitos exigidos para la realización de un acto tan relevante en el marco de la investigación y considerado por el mismo C.P.P. En ese sentido cabe considerar que la autopsia cuando se refiera a la inspección de un cadáver a los efectos de determinar la causa de muerte y peor aun cuando sea necesaria la extracción de órganos, esta indefectiblemente debe ser realizada bajo la figura del anticipo jurisdiccional de prueba considerando que el mismo acto constituye una pericia y las condiciones cadavéricas del cuerpo serán necesariamente modificadas durante su realización. V.V.E.E., tendrán en cuenta el cadáver solo puede ser inspeccionado, analizando los órganos internos, extraído los mismos mediante acciones invasivas del médico forense. Acta de constitución a la clínica forense del Ministerio Publico de fecha 14 de abril del 2018 fs 77 y vlto. Esta acta se trata del traslado de U. E. N. a la sede de Clínica Forense del Ministerio Público de dicha circunstancia se le remite sin la presencia de su abogado defensor y sin haberle advertido de sus derechos a una inspección médica. Es así que el plazo de 6 horas iniciales con lo que cuenta la policía nacional, fue superado en exceso. Acta de procedimiento N° 367/18 del Departamento Criminalística de la Policía Nacional fs. 98 y vlto. Dicha de procedimiento se corresponde con el operativo desarrollado por UN (1) Oficial de Policía en cuanto o la apertura e inspección del vehículo automotor que es propiedad de mi defendido. El artículo 181 refiere específicamente con relación a la inspección de vehículos particulares. Podrán notar que ninguna de esas for-

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

malidades fue cumplida, simplemente fue desarrollado como un acto mundano en el que alguien ingresó al interior de un vehículo. Lo revisó de punta a punta y luego redactó sus actuaciones en una hoja. c) Violación de la cadena de custodia. Excelencias, ninguna de las evidencias estuvo a disposición de la defensa al inicio del juicio, salvo la evidencia identificada como 1. Todas las demás fueron agregadas con posterioridad al desarrollo del juicio, para ser más específico recién para la última sesión es decir el día 20 de diciembre de 2021. Tanto la evidencia 1 como todas las demás su/rían de la misma inobservancia grave, ninguna se halla embalada, lacrada, sellada y firmada por persona responsable alguna y de ello se ha dejado constancia en juicio. d) Violación del control probatorio y aplicación de la sana crítica por parte del tribunal, En otras de maneras incongruente relaciona una prueba con otras como por ejemplo informes con de declaraciones testimoniales bajo afirmación genérica de que “estas pruebas documentales coincide con lo relatado por los testigos”, lo cual resulta llamativo pues estas son contradictorias incluso en algunos casos. e) Violación en cuanto a la obligación de fundamentación de Sentencia y que ésta sea coherente. ¿Cómo es que el Tribunal asigna el nombre de U. N. al sujeto de sexo masculino observado supuestamente en la imagen de la filmación? Solo presumen no tienen pruebas, pues el mismo tribunal cita al testigo de nombre F. R. R. quien nunca nombró a U. N. como identidad de la persona que llegó a comprar combustible. f) Inobservancia de las reglas de medición de pena. Considerando que resulta evidente que el Tribunal en mayoría solo tenía en mente condenar por la pena máxima, sin embargo no ha logrado justificarlo en el marco de la aplicación del artículo 65 del código penal, y por ende ha agravado no solo dicho artículo, sino también los artículos 3 del mismo cuerpo legal y 20 de la Constitución Nacional. Es así que esta defensa, por considerar que el Tribunal en mayoría ha impuesto una infundada condena de 30 años en contra del acusado U. E. N., solicitando entonces que se declare nula la sentencia definitiva...”.

A su turno la fiscal Abg. Z. F., contesta el traslado manifestando: “...En el caso particular desde el inicio del escrito impugnador, es más que elocuente la intención del impugnante de convertir a este Tribunal de Alzada en un Tribunal de juicio. Con relación al primer punto impugnado es preciso señalar que cuando la SD N° 970 hace mención a se constituye el tribunal’, debe ser entendido en el contexto del acto jurídico llevado a cabo y no el significado semántico de la palabra utilizada en la resolución recaída.

Esta circunstancia no generó ningún agravio para ninguna de las partes, no se vio afectada el principio de inmediatez. 2. El representante de la defensa cuestiona la validez del acta de inspección por-que se realizó sin la presencia de un profesional abogado, el informe de inspección médica de U. N. y sus lecturas en audiencia de juicio oral. En ese orden de ideas indica la frase 'sin haberse le advertido de su derecho u una inspección médica...' En contrapartida a lo señalado por el representante de la defensa, la inspección física al que fue sometido U. N. garantizaba su condición de vida ya que el provenía del territorio argentino y realmente surge la interrogante de lo expresado por el abogado defensor de cuáles serían las advertencias de sus derechos que no le fue realizada. ¿Podría negarse U. N. a la inspección médica? ¿Cambiaría el diagnóstico de U. N. con la presencia y advertencias del abogado defensor?, consecuentemente no viola ninguna disposición legal, mucho menos viola garantías procesales ni constitucionales del procesado. 2 2 Este punto hace mención a la inspección de vehículo e incautación de un arma de fuego y su posterior lectura en juicio oral y público del acta el informe balístico. Y conforme a los arts. 296 y 297 del C.P.P., la Policía Nacional realizó la inspección del vehículo e incautó un arma de fuego que posteriormente fue sometido a una inspección. 3) Supuesta violación a la cadena de custodia. Se indica desde el momento que fueron incautadas las evidencias por parte del Ministerio Público, todas ellas fueron respaldadas con un documento indicando las condiciones y el lugar en el que se encontraban depositadas a disposición de las partes. Es así que al momento de la presentación del requerimiento conclusivo, en el escrito de acusación indicaba la ubicación de cada una de las evidencias que posteriormente fueron exhibidas por el Tribunal, conforme al orden de producción de pruebas desarrolladas en el juicio. 4) La defensa alega la existencia de violación del control probatorio por transcribir dichos testigos y citar pruebas documentales en sentido debemos recordar que la sentencia justamente y necesariamente debe cometer un relato de hechos, porque son estos los que se discuten en juicio oral. La sentencia sería infundada si careciera de ese elemento fundamental el relato de los hechos, los condenados no sabrían cuál fue la razón de la condena y cuáles son los fundamentos que hicieron que el órgano jurisdiccional conferir valor a cada uno de los elementos, en detrimento de otros. Podrán constatar de la lectura de Juicio oral y público se desprende que las personas citadas por el Tribunal de Sentencia en su resolución y

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

cuyo testimonio fundamento de su relato de hecho, fueron propuestas oportunamente por el Ministerio Público y la Defensa Pública no los ha tachado, ni planteado incidencia alguna, igualmente tuvo la oportunidad de examinarlos, no consta objeción ni recurso de reposición alguno planteado por la parte. 5) Violación en cuanto a la obligación de fundamentación de la Sentencia y que esta sea coherente - Inobservancia de medición de pena. Se corrobora que los magistrados han explicado cada una de las circunstancias. De todas formas, el hecho de que el Tribunal de sentencia no haya valorado las pruebas conforme a las pretensiones de la defensa, ya escapa al estudio en apelación, pues al referirse a cuestiones probatorias, indefectiblemente son exclusivas del mérito. Se debe recalcar que la medición de la pena debe realizarse conforme a lo establecido en el Art. 65 del Código Penal, tarea que compete en forma excluyente a un Tribunal de Sentencia. Puede afirmarse que la resolución del Colegiado ofrece las razones suficientes de su decisión, las que se hallan fundadas en la observancia de los presupuestos de la valoración probatorio y de la medición de la pena atendiendo a las sanciones establecidas en el Art. 50 inc. de la Ley N° 5777/16.. . “(Sic).

Contesta la querella Abog. E. I. A. diciendo cuanto sigue: “. . . a) La carga procesal de reclamar la modificación del acta del juicio oral corresponde a aquella parte que tenga algún reclamo respecto a su contenido. Es lo que establece el artículo 405 del C.P.P. Por otra parte la falsedad aducida por el Defensor Público debe ser probada en Alzada y no hubo ningún ofrecimiento de pruebas a este respecto. Es lo que se colige de las normas de los artículos 406. Es consabido el efecto del incumplimiento de las cargas procesales, que es la pérdida del derecho no ejercido en tiempo y forma. Respecto de que algunos de los miembros del Tribunal de Sentencia como también testigos no estuvieron presentes físicamente en sala de juicios orales sino virtualmente. Para dar respuesta a esta pregunta recurriremos a la Acordada N° 1325/2.019. El defensor público no alegó cual fue el perjuicio real y concreto que la presencia virtual de jueces y testigos ocasionó a su representado, es decir de cual derecho o garantía procesal se le privó para motivar un interés fundado de su parte en obtener la nulidad del acto de enjuiciamiento b) En este apartado la Defensa pretende la nulidad de todo el juicio citando una serie de documentales. No es necesario ahondar en una labor interpretativa para apercibirse que lo que el texto legal establece es que todo otro elemento de prueba es decir cualquier otro contemplando taxativamente en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 371 de C.P.P. que se pretenda

introducir al juicio por su lectura, ocasionaría su nulidad. Las pruebas documentales, actas de registro o inspecciones, informes periciales, etc., no producen per se la nulidad de juicio, aunque se trate de pruebas obtenidas ilegalmente, ya que existe un procedimiento para la expulsión del proceso de la llamada “prueba ilícita”. Lo que el legislador pretender es que no se desnaturalice el juicio oral que busca la inmediación del Juez con la prueba. Así a modo de ejemplo la introducción al juicio por su sola lectura de un acta de declaración testimonial prestada en sede fiscal si podría ocasionar la nulidad de todo el juicio porque solo el acta del testimonio recibido bajo las reglas del anticipo jurisdiccional de pruebas tiene autorizado el acceso de acuerdo al 371 inc., 1 del C.P.P. No obstante, si se introdujera una testimonial realizada como anticipo jurisdiccional de pruebas llevada a cabo en violación al debido proceso, ello no conllevaría necesariamente la consecuencia prevista en el último párrafo del artículo 371 del C.P.P. porque se trata de un medio probatorio cuyo ingreso está autorizado por la ley. Solo si el Tribunal de Sentencia funda su decisión en esa prueba ilícita acarrearía eventualmente la nulidad de la sentencia. c) Violación de la cadena de custodia. Como VV.EE., lo podrán advertir, la Defensa falta a la verdad al decir que dejó constancia, al tiempo de su exhibición, de que ninguna de las evidencias se hallaba embalada, lacrada, firmada ni sellada por persona responsable. Las constancias a las que dejó son intrascendentes como el estado en que se encontraba la ventanilla trisada y que lógicamente se encontraba rota como si se hiciera constar en el auto de elevación a juicio que es la primera vez que accedía a algunas de las evidencias, lo cual no es cierto ya que las mismas estuvieron a disposición de la Defensa desde la etapa intermedia conforme se desprende del auto de elevación a juicio. d) Violación del control probatorio y aplicación de la sana crítica. En el caso de marras, no se ha omitido valorar ninguna prueba dirimente que pudiera lugar a la nulidad de la sentencia por fundamentación contradictoria, ya que de la lectura del fallo impugnado se puede extraer que el Tribunal ha realizado la reconstrucción histórica de los hechos a través de la valoración conjunta y armónica de la prueba, tal como lo exige el artículo 175 del C.P.P. e) Violación en cuanto a la obligación de fundamentación de la sentencia. En ese apartado no se constata que haya alegado vicios in iure o in procedendo que ameriten una contestación por parte de esta Representación. Tampoco se colige que el Tribunal de mérito haya incurrido en errores in cogitando, esto es en erro-

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

res de razonamiento por violación de la sana crítica. La defensa no ha señalado de manera puntual cuál principio científico o máxima de experiencia no ha sido quebrantado por el Tribunal de Sentencia para que pueda hablarse de la violación del principio lógico de no contradicción debe existir un mismo hecho afirmado y negado simultáneamente en distintas partes de la misma resolución y con toda certeza tal situación no ha acontecido conforme se desprende del análisis íntegro de la sentencia impugnada. f) inobservancia de las reglas de la medición de la pena. La defensa técnica pretende nuevamente que el Tribunal de Apelaciones valore los hechos que el Aquo tuvo por probados para efectuar la medición de la pena. La defensa no señala cuál es el error de derecho — no de apreciación de los hechos en que ha incurrido el Tribunal de Sentencia, Es decir formula argumentos *ad hominem* o referidos a la cuestión fáctica-probatoria, pero ninguno referido a errores de derecho atribuibles al Tribunal de Sentencia. Por ende al no constituir motivo valedero de estudio en grado de apelación este agravio debe ser rechazado (sic).

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:

Planteado el recurso, y antes de analizar los agravios del recurrente es necesario recordar que el recurso de apelación especial previsto en nuestro ordenamiento procesal penal, constituye un medio para impugnar las sentencias de los tribunales de sentencia, pero limitándolo a cuestiones jurídicas. Es decir, que tiene por finalidad la revisión por parte de este Tribunal de Segunda Instancia en cuanto a la interpretación y aplicación que de la ley haya hecho el Tribunal de Sentencia, definiendo y valorando jurídicamente los hechos establecidos en la sentencia, y si existiera necesidad poniéndolos en congruencia con la norma jurídica que rige el caso, todo esto dentro del campo puramente jurídico, con la imposibilidad de analizar el “merito” de las pruebas, de revalorarlas o modificar los hechos en cuya producción y discusión no se ha participado en base al principio de inmediación que sirve de corolario al juicio oral y público, pues de lo contrario el debate realizado carecería de sentido.

Como consecuencia de lo dicho anteriormente se encuentran fuera de control jurisdiccional del Tribunal de Alzada las cuestiones de hecho, debiendo limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la Ley sustantiva y de las formas esenciales del proceso, absteniéndose de incursionar en la parte histórica, es decir, la realización fá-

tica que ha sido definitivamente fijada por el Tribunal de Sentencia, siempre basando el análisis en lo dispuesto en los artículos 466, 467 y 468 del C.P.P. Actualmente la doctrina es unánime, consagrando la apelación como modo de control de la resolución del Tribunal Inferior con los mismos materiales de hecho y de derecho que tuvieron al momento de resolver.

Se tiene entonces que la valoración de las pruebas y determinación de las conclusiones inferidas en ellas, es potestad soberana del Tribunal de Sentencia. El Tribunal de Apelación solo puede controlar si esas pruebas son válidas (legitimación), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (logicidad), y si la motivación así expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas prescriptas, en una palabra, si la motivación fue legal.

Adentrándonos al estudio de los agravios planteados por el defensor técnico, primeramente refiere a) Violación del principio de inmediatez: Que ante este agravio, conviene traer a consideración la Acordada N° 13 25/2019 dictada por la Corte Suprema de Justicia que dice: “La utilización de medios telemáticos facilita el cumplimiento de las garantías reconocidas a los sujetos del proceso penal y observa los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración en el proceso penal” .

En relación a la discrepancia entre el acta del juicio y la sentencia definitiva sobre la constitución del Tribunal de Sentencia, lo que la defensa cuestiona es cierta informalidad al momento dictar la resolución en estudio puesto que en el acta se deja constancia de la presencia física del Presidente del Tribunal y la modalidad virtual de los demás Miembros, esto no se menciona al inicio de la sentencia definitiva que dice al comienzo “Se constituye el Tribunal Colegiado de Sentencia N° 02, presidido por el Juez Abg. JAVIER SAPENA BIBOLINI, e integrado por los Jueces Abgs. LIZ RAMÍREZ y Abg. LETICIA FRACHI, como Miembros Titulares en la Sala de Juicio Orales del juzgado de la ciudad de Fernando de la Mora” (Sic), que dicha circunstancia no constituye un vicio elemental que conlleve la nulidad de la sentencia contemplado en el artículo 403 del Código Procesal Penal, así también dicha norma en su último apartado establece “Los demás defectos serán saneados de oficio por el tribunal o petición del interesado”, situación que no se observa en el expediente.

Que, el artículo 405 del C.P.P. dice: “El acta se leerá inmediatamente después de la sentencia ante los presentes con lo que se tendrá por notificada a todos ella podrá ser modificada después de su lectura, cuando las

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

partes así lo reclamen y el tribunal lo estime conveniente. Si el tribunal no ordena la modificación del acta el reclamo se hará constar”, situación que tampoco se logra constatar en autos. Así también vale decir que si en la sentencia se deja constancia de la presencia física del abogado defensor como puede leerse perfectamente.

El juicio oral se ajustó a las disposiciones dictadas por la emergencia sanitaria (covid-19) de conformidad a lo dispuesto por Ley N° 6495/20202 y la Acordada N° 1370/2020. Por tanto lo desarrollado se encuentra respaldado legalmente.

A mayor abundamiento debemos señalar que el vicio señalado por el apelante debe ser radical que cause un perjuicio concreto, se cita como jurisprudencia las consideraciones realizadas por el Ministro de la Corte Suprema de Justicia Dr. Luis María Benítez Riera, Acuerdo y Sentencia N° 241 de fecha 26 de mayo de 2020 en la causa J. S. S. M. s/ Robo Agravado; “. . . Un reclamo relativo a una actividad procesal defectuosa va a resultar efectivo cuando la parte demuestre su interés y el perjuicio ocasionado con el acto que se impugna, es decir, el vicio que se negare debe ser esencial y debe causar una afectación real a quien reclama. A través de esta exigencia se trata de evitar el formalismo excesivo y atenuar la rigurosidad de las formas, para hacer realidad el principio de y justicia pronta y cumplida. En ese sentido, se debe concluir que el vicio solo va a tener sentido en tanto tenga un contenido específico, no vale la simple infracción a la norma procesal se requiere además que la misma cause un perjuicio al interesado, es decir, que con la inobservancia de la forma se haya afectado el derecho que subyace tras ella. ...’.

Como segundo agravio menciona b) Incumplimiento de las disposiciones del artículo 371 del C.P.P. Sobre este agravio vemos en el acta que los puntos señalados por el abogado defensor primeramente fueron planteados como incidente, siendo rechazados por el Tribunal de Sentencia habiéndose planteado reposición contra dicha decisión, ratificándose el rechazo por parte del Tribunal y no se observa que la defensa haya hecho su reserva de recurrir, al respecto debemos considerar el art. 467 del Código Procesal Penal que en su segundo apartado dispone cuanto sigue: “Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado

ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta, o cuando se trate de vicios de la sentencia”, por tanto dicho agravio es improcedente.

En su tercer agravio dice c) Violación a la cadena de custodia: Menciona que ninguna de las evidencias estuvo a su disposición y que las pruebas obtenidas ninguna se hallaba embalada, lacrada, sellada dejándose constancia de ello en el juicio. Ante este agravio, vemos a fs. 265 de autos al momento de la exhibición de las evidencias en el juicio oral, la defensa en el punto dijo “...constancia que esta trizada, el estado en se encuentra la evidencia...”, en el punto 2 “...dejar constancia es la primera vez que esta defensa accede dicha evidencia. “ (sic).

Por tanto lo manifestado en este agravio no coincide con las manifestaciones hechas al momento del desarrollo de los elementos probatorios igualmente a fs. 86 de autos tenemos el desarrollo de la audiencia preliminar y se puede leer que el Ministerio Público se refiere a las pruebas que están en sobre lacrado, no advirtiendo la defensa en ese momento alguna violación a la cadena de custodia. Así también cabe decir que todas las pruebas reunidas se encuentran correctamente individualizadas en la acusación fiscal siendo admitidas en el auto de apertura a juicio oral (A.I N° 639/10 junio/2019), por tanto no se logra constatar violación a garantías constitucionales, estando conforme a derecho lo actuado.

Prosiguiendo con el estudio, d) Violación del control probatorio y aplicación de la sana crítica por parte del tribunal; Menciona el defensor que el Tribunal de Sentencia transcribió los dichos de los testigos, citando las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público querella. Sobre este agravio se debe tener presente lo prescripto en la norma procesal art. 125 del Código Procesal Penal “... La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba. . .”, de esta manera se permite saber a las partes las razones y premisas en que se sustenta el fallo dictado.

De la lectura del fallo objetado se desprende que el Tribunal de Sentencias ha realizado una valoración armónica de las pruebas introducidas a juicio, basando su criterio en las reglas de la sana crítica y respetando los principios establecidos en el art. 175 del C.P.P. que transcripto dice: “ Valoración. Las pruebas obtenidas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El Tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas”. Conviene recordar lo expresado por J.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

Couture: "... Las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a principios en que debe apoyarse la sentencia. . .".

Ahora bien, debemos recordar que esta libertad valorativa tiene sus límites ya que en caso contrario se incurriría en un abuso de una potestad que le es dada por ley al órgano jurisdiccional. En el caso en estudio se puede observar que el Tribunal de Sentencia ha manejado de forma coherente y armónica todas las pruebas aportadas en juicio, por otro lado se observa el análisis minucioso de los elementos probatorios expuestos en juicio amparada por el principio inmediación, todos ellos tendientes a llegar a la verdad real. Por tanto el agravio propuesto debe ser rechazado.

Seguidamente expresó e) Violación en cuanto a la obligación de fundamentación de Sentencia; En este agravio se menciona que el Tribunal ha emitido una sentencia infundada e incongruente, ante lo mencionado debemos recordar que la doctrina señala; "La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión". (Oscar R. Pandolfi. Recurso de Casación Penal Ed. La Rocca — Bs. As. 2001— Pág. 419).

Para ello, vemos las normas que indican como debe ser fundada una sentencia, el Art. 256 de la Constitución Nacional dice: "...Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...". Con esta norma concuerda el Art. 125 del Código Procesal Penal, que expresa: "Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...".

Que, nuestro Código Procesal Penal en su artículo 398 inc. 2 y 3 del mismo: 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado.

De esta manera el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y a su clara explicación; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una

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

Esta Magistrada en base a lo manifestado y observando la sentencia dictada no encuentra motivo alguno para considerar que el fallo cuestionado se encuentre “manifiestamente infundado”, el Tribunal de Sentencia conforme a los elementos probatorios ha logrado llegar a la verdad, los cuales no generaron dudas en los jueces sentenciadores, resultando suficientes para concluir sobre la Responsabilidad penal del procesado, plasmándolo correctamente en el considerando del fallo, dicha conclusión no es una decisión arbitraria, puesto que el fallo objetado se ajusta las exigencias de las normas mencionadas.

Como último agravio se refiere a f) Inobservancia de las reglas de la medición de la pena;

Es necesario mencionar que estamos en presencia del hecho punible de feminicidio previsto en la Ley N° 5777, que dispone en su artículo 50.- “Feminicidio. El que matara a una mujer por su condición de tal y bajo cualquiera de las siguientes circunstancias, será castigado con pena privativa de libertad de diez a treinta años, cuando: a) El autor mantenga o hubiere mantenido con la víctima una relación conyugal, de convivencia, pareja, noviazgo o afectividad en cualquier tiempo. Cabe recordar que este Tribunal de Alzada puede evaluar si se han cumplido las reglas previstas para establecer el quantum de la pena, ahora bien ciertas circunstancias como por ejemplo las vinculadas a la personalidad, conducta y condiciones de vida del procesado, es una tarea de evaluación de los hechos, siendo así competencia exclusiva del Tribunal de Sentencia mediante el principio de inmediación.

La sanción penal establecida por el Tribunal de Mérito en mayoría, si bien se observa algunos puntos frágiles al momento de la fundamentación en las circunstancias generales señaladas por los juzgadores, a criterio de esta Magistrada la sanción penal es la adecuada para el caso particular, y la pena impuesta resulta ser útil y justa, ya que se expresan las razones jurídicas que han tenido en cuenta para determinar la sanción penal, surgidos del juicio oral a través de la producción de los elementos que fueron desarrollados en el mismo; por lo que no corresponde la nulidad del juicio y absolución del procesado como lo peticiona la defensa.

No podemos obviar la gravedad del hecho punible y las características que rodearon al hecho, como vemos en el presente caso en donde el bien jurídico máspreciado (la vida) fue despojada a una persona, por tanto la

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN DE CENTRAL

sanción penal no puede ser reducida por razones de prevención especial o excesivos formalismos hasta un punto en que la misma ya no sea tomada en serio por la sociedad, siempre y cuando este encuadrada dentro del marco penal y estén expresadas las razones jurídicas que motivaron a la misma, respetando lo que dispone el artículo 65 del Código Penal.

A mayor abundamiento se comparte el criterio sustentado por REINHART MAURACH Y PATRICIA ZIFFER, que entre otras cosas sostienen que: "...que la necesidad de controlar el poder punitivo del estado se hace más evidente en el ámbito de la imposición de la pena, pues es allí donde se expresa con mayor fuerza ese poder y se restringen sustancialmente derechos fundamentales ...".

Atendiendo a que conforme a los extremos expuestos en la sentencia recurrida podemos sostener sin lugar a equívocos que el Tribunal de Sentencia en mayoría, estableció una sanción penal conforme a derecho encuadrada dentro del marco penal previsto para este tipo de hecho punible, han dictado una sanción alta como es la de pena privativa de libertad de treinta años (30).

Se observa que el Tribunal de Sentencia ha observado y ha constituido la totalidad de las pruebas en ocasión de realizar la fundamentación de la resolución, tal como lo establece la normativa como requisito de validez de la sentencia, Se han respetado los principios de la Sana Crítica, las máximas de la experiencia y los principios de la ciencia a fin de llegar a la conclusión arribada, hallándose el fallo apelado plenamente justificado.

En consecuencia concluyendo con el estudio de los agravios del apelante, por todo lo expuesto en los párrafos anteriores esta Magistrada considera que al momento de realizar la fundamentación, se ha realizado la mención de todos los elementos del tipo penal por el cual el Ministerio Público ha acusado al señor U. E. N. C., llegando a la conclusión de que la conducta del acusado queda subsumida en 1 os elementos constitutivos del tipo penal de feminicidio artículo 50 apartado a) de la Ley Nro. 5.777/2016, en concordancia con el artículo 29 incisos I del Código Penal. Por lo que la sentencia definitiva debe ser confirmada en su totalidad, es mi voto.

Asimismo este Tribunal concuerda lo establecido en el Art. 269 del C.P.P. el cual establece: "INCIDENTES Y RECURSOS Si se plantea un incidente o se interpone un recurso, las costas serán impuestas a quien lo interpuso o planteó, cuando la decisión le sea desfavorable, si Triunfa, soportarán las costas quienes se hayan opuesto a su presunción en la proporción

que fije el tribunal. Si nadie se opuso cada parte soportará las cosas las que produjo su propia intervención' En el caso en estudio el apelante es representante de la defensa pública, por lo que las costas deben ser soportadas en el orden causado. Es mi voto.

A su turno los Excelentísimos Miembros Abg. MARÍA LOURDES CARDOZO DE VELAZQUEZ y Abg. FABRICIANO VILLALBA manifiestan adherirse a las conclusiones y al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmado los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelación en lo Penal Primera Sala de la Circunscripción Central por ante mí que certifico quedando acordada la sentencia que sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA N° 96

San Lorenzo, 11 de agosto del 2022.

VISTO: Los méritos que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Penal Primera Sala de la Circunscripción Central de la República del Paraguay.

R E S U E L V E:

DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en la presente causa.

ADMITIR el recurso de apelación especial interpuesto por el Defensor Público Abg. H. C. G., en representación de U. E. N. C., contra la S.D. N° 970 del 20 de diciembre del 2021, dictada por el Tribunal de Sentencia integrado por los Magistrados: JAVIER SAPENA BIBOLINI, en carácter de Presidente, y los Magistrados LIZ RAMÍREZ y LETICIA FRACHI, como miembros titulares.

CONFIRMAR la D N° 970 del 20 de diciembre del 2021 en todos sus apartados en atención a los fundamentos expresados en exordio de la resolución.

COSTAS en la instancia, en el orden causado.

ANOTAR, registrar, remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

FIRMADO: Miembros del Tribunal de Sentencia Dra. María Teresa de Daniela, Abg. Fabriciano Villalba, Abg. María Lourdes Cardozo de Velázquez.

Ante mí: Abg. Diana Santander. Actuaría Judicial.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

Sentencia Definitiva N° 105

***Cuestión debatida:** Se estudia la procedencia de un Amparo Constitucional presentado por una comunidad indígena del Chaco Paraguayo para la obtención de agua potable y alimentos, así como el acceso a caminos de todo tiempo para poder llegar a la comunidad.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. AMPARO CONSTITUCIONAL.

Los presupuestos necesarios para la procedencia del amparo refieren en el Art. 134 de la Constitución Nacional que: “Toda persona que por acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo, en los derechos o garantías consagrados en ésta constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiere remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley...”.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. AMPARO. Requisitos.

El AMPARO se halla supeditado a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) acto u omisión manifiestamente ilegítimo; b) lesión grave o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en la Constitución Nacional o en la ley; c) que el caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria; y, d) urgencia. La falta de alguno de ellos torna improcedente el Amparo.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. AMPARO. Requisitos: Acto u omisión ilegítimo.

El acto u omisión manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, que se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo, en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. Esta disposición ha sido interpretada tradicionalmente en la doctrina en el sentido de que el amparo es una medida extraordinaria que procede solo en caso de que no exista otra vía para reclamar la reparación del derecho lesionado, o, existiendo tal vía, ella resulta inidónea para satisfacer la pretensión, teniendo en cuenta el carácter urgente de la cuestión.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. AMPARO. Requisitos: Lesión de derechos.

En este punto la sentencia definitiva menciona el Preámbulo de la Constitución Nacional, el cual, a pesar de su valor meramente declarativo y axiológico, se erige como estandarte de los intereses supremos de nuestro Estado Social de Derecho. En él, se reconoce expresamente la dignidad humana como concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a la vida y a la calidad de la misma.

Obviamente, el acceso al agua potable es un derecho fundamental que se halla vinculado con el derecho a tener una vida saludable, al cual corresponde el correlativo deber que tiene el Estado de proveer las condiciones para efectivizarlo. El Estado por medio de sus organismos o entidades competentes, incurre en una conducta omisiva al no proveer el agua o recursos hídricos suficientes para ellos, en grave perjuicio de la calidad de vida de los pueblos indígenas. La condición étnica de un grupo de personas no puede implicar un menoscabo al acceso que deben tener al agua que, además debe encontrarse en condiciones aptas para su consumo. El artículo 7 de la Constitución habla de la importancia de este razonamiento. La primera parte de esta norma consagra un derecho con que cuenta todo habitante de la República del Paraguay, sin excepción alguna: el derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. El acceso al agua en calidad y cantidad suficiente forma parte de cualquier ecosistema saludable y equilibrado, y dicha armonía se rompe cuando falta agua en cantidad y calidad

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

suficiente para garantizar la calidad de vida de los miembros de una comunidad. Este derecho fundamental es inescindible al de la calidad de vida, y un adecuado ejercicio de hermenéutica o interpretación constitucional no puede entenderlos como compartimientos estancos, sino que son interdependientes, como dos caras de una misma moneda.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. AMPARO. Requisito: Urgencia.

La URGENCIA se configura cuando el remedio que la vía ordinaria ofrece no es capaz de reparar el daño causado o restablecer el derecho lesionado sin que se produzca una pérdida irrecuperable. El hecho que la vía disponible no sea la más rápida no implica desecharla, siempre que sea idónea y eficaz para obtener la reparación.

El agotamiento de las vías previas y el estado de urgencia. Las instituciones demandadas tienen el deber de provisión de agua potable, sin el cual la vida, la calidad de vida y salud se verían afectados. Tal situación mediante la aplicación de las reglas del proceso ordinario u otro proceso judicial o administrativo, haría infructuosa la intervención del Estado, puesto que sin mencionar la emergencia sanitaria nacional por el COVID-19, dichos procesos desembocarían en una respuesta tardía a una necesidad urgente y básica como lo es el agua para el ser humano. Así es como se tornan estériles los remedios ordinarios por la naturaleza misma del caso y por la urgencia, puesto que la falta de agua acarrea enfermedades e incluso la muerte para cualquier persona.

Las normativas constitucionales mencionadas son operativas para el Estado. Ello significa que queda a cargo de las autoridades estatales competentes trazar las metas a mediano y largo plazo para garantizar la calidad de vida de todos los habitantes. Las comunidades indígenas, entre las cuales se encuentra la parte actora, son grupos poblacionales que usualmente quedan relegados a la pobreza extrema y, por tanto, merecen una tutela preferencial por parte del Estado para garantizar su calidad de vida y preservar su hábitat. Por opción, los miembros de la comunidad indígena eligieron establecerse en determinado territorio, percibiendo directamente los frutos de la tierra (agua, vegetación, animales). Es por ello que deben tener acceso irrestricto a la provisión de agua potable y recursos hídricos libres de contaminación.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. AMPARO. Intereses Difusos. Requisitos.

El derecho al ambiente es un derecho fundamental que es de intereses difusos, y está relacionado con el desarrollo humano integral que ofrezca las condiciones de bienestar humano y para su desarrollo. Y cualquier persona individual o colectivamente puede reclamar a las autoridades públicas las medidas necesarias para la defensa del ambiente, la integridad del hábitat, la salubridad y otros bienes pertenecientes a la comunidad.

El accionante, en este caso, el señor C.R., ha interpuesto una Acción Constitucional de Amparo en nombre de la COMUNIDAD INDÍGENA P. (Colonia 96 y Buena Vista), y la Constitución Nacional lo faculta a accionar de manera individual en representación de la mencionada comunidad. Se puede afirmar entonces que la Comunidad Indígena como colectividad de personas, cuenta también con la legitimación activa para promover el Amparo, porque el acceso al agua potable es un bien de interés difuso. Y forma parte de la salud pública, y, por esencia, interés de todos los habitantes.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Garantías Constitucionales. Igualdad de las personas.

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien...”. Esta norma constitucional no requiere mayores profundizaciones: todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos y las discriminaciones están vedadas. A ello va correlacionado el deber del Estado de remover los obstáculos y otros factores que propicien la exclusión de los miembros de las comunidades indígenas del país. En cuanto al deber que tiene el Estado de remover los obstáculos o favores que generen una situación de discriminación en contra de pueblos indígenas, se lo entiende en doctrina como “acción afirmativa” que, en manera muy sucinta, significa el otorgamiento de un “trato igual para los iguales”. Debe ofrecer el Estado las mismas posibilidades a todas aquellas personas que se encuentren en idénticas situaciones de hecho. En el caso, está a cargo de las autoridades competentes el llevar a cabo las acciones necesarias para remover cualquier dificultad que la comunidad indígena tenga para acceder al agua potable. Con ello, la igualdad no se entiende como un concepto que se presenta “de espaldas” a la realidad, sino que se complementa con un criterio de equidad (trato igual a los iguales),

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

hasta lograr que la situación de los pueblos indígenas se “nivele para arriba”, en igualdad de condiciones con el resto de los paraguayos en el acceso al agua potable y a la calidad de vida.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principios.

El Estado paraguayo es un Estado Social de Derecho y, como tal, reconoce la existencia de derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentran todos los enumerados anteriormente. El derecho a acceder al agua potable y en condiciones aptas para su consumo (no contaminada) forma parte de los derechos de tercera generación, vinculados directamente al derecho a vivir en un ambiente saludable, con calidad de vida. Estos derechos, de más reciente evolución doctrinaria y legislativa, pertenecen a la esfera de derechos tutelables por Amparo.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio. Derechos Humanos.

Los derechos humanos son universales, inviolables, inalienables, imprescriptibles, absolutos, progresivos, así como también interdependientes, integrales y complementarios. Desmembrar una de sus partes o interpretarlas fragmentariamente implicaría atentar contra el todo, puesto que la maquinaria de los Derechos Humanos no funciona sin algunas de estas piezas esenciales. Como principio rector se encuentra el reconocimiento de la dignidad humana, como factor integral en la protección del individuo, y elemento necesario para obtener y conservar su libertad, igualdad y el acceso a la justicia; reafirmando los principios de la democracia representativa, participativa y pluralista, marco éste donde se puede conseguir el respeto hacia esa dignidad humana, con la consagración de valores democráticos. También reconoce al Paraguay como parte integrante de la comunidad internacional, principio este de radical importancia, en el contexto de la globalización mundial, y reconocimiento a su vez de un orden jurídico supranacional.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Orden Supranacional.

El artículo 143 de la Ley Fundamental expresamente acepta la existencia de un orden jurídico supranacional, y acepta la existencia de derechos

fundamentales. El artículo 145 de la Constitución Nacional refuerza dicha noción, de la siguiente manera: Del orden jurídico supranacional. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural...” Naturalmente, esta plena inserción dentro de la comunidad jurídica internacional se da por medio de la firma y ratificación de instrumentos internacionales e interamericanos (regionales), tales como declaraciones, tratados, convenios, protocolos y demás acuerdos. Dentro de nuestra estructura jerárquico normativa, estos instrumentos se encuentran por debajo de la Constitución Nacional.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Control de Convencionalidad.

En caso de violación a los derechos humanos, por conductas activas u omisivas, el Estado cuenta con una responsabilidad ante la comunidad internacional, y el control de convencionalidad difuso es parte de la carta de ciudadanía que nuestra C.N. ha otorgado al derecho internacional de los derechos humanos. Este control no significa de manera alguna que se menoscabe la específica función que tiene la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Constitucional, de realizar un control de convencionalidad más específico y “concentrado”. Un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, claramente lo expresa: “Este control de convencionalidad’, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener...carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 24° Turno. 20/08/2.020. Amparo Constitucional Juicio: “C. R. c/ Secretaria de Emergencia Nacional y otros s/ Amparo Judicial (Sentencia Definitiva N° 105).

VISTO: El presente juicio de AMPARO CONSTITUCIONAL, del que,
R E S U L T A:

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

Que, ante este Juzgado se ha presentado el señor C.R., líder de la Comunidad Indígena P., por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogados a promover acción de Amparo contra la SECRETARIA DE EMERGENCIA NACIONAL (S.E.N.), SERVICIO NACIONAL DE SANEAMIENTO AMBIENTAL (SENASA) dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y el INSTITUTO PARAGUAYO EL INDIGENA (INDI). En sustento de sus pretensiones manifiesta que la comunidad está conformada por dos aldeas de Buena Vista y Colonia 96, se encuentran ubicadas en el km 357 de la Ruta Cnel. Franco (entre Pozo Colorado y Concepción) y luego desde la ruta a 55 km al Este, con personería jurídica reconocida por el Estado Paraguay mediante decreto del Poder Ejecutivo N° 15.644 de fecha 10 de diciembre de 2.001 y según censo oficial en el 2.012 su población asciende a 97 personas, distribuidas en 39 familias. Alega que desde que la comunidad se asentó en sus tierras, soportan los embates climáticos característicos del Chaco, largos periodos de sequía como el actual donde se han secado tajamares así como cauces naturales como el riacho Celedonio de donde obtenían agua, si bien no de la mejor calidad, suplía en parte la necesidad comunitaria y sumada ante esta realidad se encuentra el hecho de no contar con caminos de acceso que lleguen desde la ruta Cnel. Franco hasta la comunidad, existiendo solo caminos privados de las estancias colindantes, lo cual limita el acceso al humor de los ganaderos, asimismo afirma la falta de medios de comunicación siendo la radio la única forma que tiene de recibir información, mediante los M. por radio Pai Puku. Esta marginación a la que ha sido sometida la comunidad además en la escasa asistencia alimentaria, causando el fallecimiento de varios miembros de la comunidad a raíz de T. B. C., enfermedades gastrointestinales y otras enfermedades. Menciona como hechos que las instituciones accionadas, han incumplido parcialmente la orden judicial de acompañar a la comunidad de P., en las necesidades que requiera, indicando que no se cuenta con planes o programas de asistencia, proyectos de desarrollo etc., a consecuencia de esto, las y los miembros de la comunidad siguen en una situación de extrema vulnerabilidad.

Manifiesta que ante la inminencia del inicio del periodo de sequía en el Chaco, los líderes de la comunidad C. R. y R. M., remitieron una nota a la Directora del Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental, señora S. L. de C., solicitando la provisión de tanques de agua para la utilización de las y los miembros de la comunidad. Esta tramitación dio como resultado él

envió de un tanque de 25 mil litros, sin embargo, este nunca llegó. Indica que el 1 y 2 de julio del corriente año un equipo de campo de la Institución Tierra viva a los pueblos indígenas del Chaco, llegó hasta la comunidad para la entrega de víveres en el marco de ayuda humanitaria, relevando información sobre la falta de agua, situación que fue puesta a conocimiento de los entes y siendo publicadas por las redes sociales. Refiere que el 30 y 31 de julio de 2.020 se reveló información sobre la situación de la comunidad luego a la visita de funcionarios de la S.E.N., se toma conocimiento que los tanques enviados eran usados, parcheados, dañados por el uso, y debido a la filtración de los tanques dañados se perdió de más de dos tercios del agua depositada en ellos, dejando nuevamente a la comunidad en una situación de extrema necesidad, vulnerabilidad y peligro inminente por el consumo de agua en condiciones no aptas para el consumo humano. A su vez el recurrente ofrece pruebas Documentales, Testificales e Informes y en base a sus pretensiones, peticiona oportunamente y previo trámites de rigor, se dicte sentencia definitiva haciendo lugar a la acción de Amparo.

Por providencia del 4 de agosto, se tuvo por presentados a los recurrentes, por reconocida su personería en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar denunciado. Se ordenó a los demandados SECRETARIA DE EMERGENCIA NACIONAL (S.E.N.), SERVICIO NACIONAL DE SANEAMIENTO AMBIENTAL (SENASA) Y EL INSTITUTO NACIONAL DEL INDÍGENA (INDI), al efecto de que eleven informe circunstanciado sobre la presente acción de Amparo Constitucional en el plazo de 3 días.

Por A.I. No 128 de fecha 7 de agosto de 2.020, este Juzgado se expidió sobre la Medida de Urgencia solicitada por la actora.- Por otra parte, EL SERVICIO NACIONAL DE SANEAMIENTO AMBIENTAL (SENASA), por medio de sus representantes legales se expidió sobre la demanda promovida en los términos de la Nota DG N° 619 de fecha 6 de agosto de 2.020. Adjuntó los informes elaborados por la Dirección de Proyectos, Planificación y Políticas y la Asesoría Jurídica, además de las tomas fotográficas que acreditaron las acciones. El informe del Ing. R.A., director de la Dirección de proyectos, planificación y Políticas dependiente de SENASA, refirió que enviaron un equipo técnico para el traslado e instalación del reservorio en el sitio donde se encuentran asentadas las familias, la cual estarán concluidas dentro de la presente semana. Informaron que mantuvieron contacto con representantes de la S.E.N., a los efectos de que una vez concluidos los trabajos,

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

estos puedan proceder a la recarga del tanque de 20 metros cúbicos con camiones cisternas, con el fin de paliar la necesidad actual de las 30 familias aproximadamente que habitan la comunidad.

A su vez, la SECRETARIA DE EMERGENCIA NACIONAL (S.E.N.), informó que ningún miembro de la comunidad, ni representantes convencionales o apoderados de la misma han presentado o elevado nota alguna a dicha dependencia. Continúa diciendo que la S.E.N. tiene por objeto primordial prevenir y contrarrestar los efectos de las emergencias y los desastres originados por los agentes de la naturaleza o de cualquier otro origen, como promover, coordinar y orientar las actividades de las instituciones públicas, departamentales, municipales y privadas destinadas a la prevención, mitigación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción de las comunidades afectadas por situaciones de emergencia o desastre, lo que se quitó fuera de contexto en base a dicha disposición es la obligación de la S.E.N. en cuanto a las comunidades indígenas, pues la misma no es la institución rectora en materia de protección de los pueblos originarios y por ende lo reclamado a ella en el presente juicio. Alega para que la S.E.N. accione depende la capacidad de respuestas o no de los municipios y gobernaciones en caso de ser sobrepasados en su capacidad.

Por último, EL INSTITUTO NACIONAL DEL INDIGENA (INDI), por medio de sus representantes legales informó que en relación a la nota N° 1327/20 remitida en fecha 18 de mayo por la ONG TIERRA VIVA en referencia al aprovisionamiento de agua y habilitación de camiones cisternas a favor de comunidades indígenas del bajo Chaco, el INDI en cumplimiento de sus funciones, remitió a la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay S.A. (E.S.S.A.P.), la nota P/N° 211/20 en fecha 19 de mayo en la cual comunico la existencia de comunidades indígenas del bajo chaco que requieren con suma urgencia la provisión de agua Potable, debido a la sequía que azotó la región occidental y que hace imposible acceder al líquido vital. Remitió la nota P/N° 212/20 en fecha 19 de mayo, al MOPC donde el INDI solicita la gestión de camiones cisterna que puedan trasladar agua potable a las comunidades indígenas del bajo chaco. Remitió la nota P/N° en fecha 16 de junio a la S.E.N., con el objeto de solicitar la asistencia para aprovisionamiento regular de agua potable a las comunidades indígenas. A su vez informo, que se estableció una mesa de trabajo con la Red de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia en el cual se realizó una reunión

virtual en fecha 17 de julio en referencia a la solicitud de intermediación de la Red de Derechos Humanos realizado por la ONG TIERRA VIVA.

Por providencia de fecha 10 de agosto de 2.020 se tuvo por evacuado el informe presentado por el Instituto Paraguayo del Indígena y por providencia de fecha 11 de agosto de 2.020 se tuvo por respondidos los informes remitidos por el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA) y Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.). Asimismo se dispuso la apertura a prueba del juicio de Amparo fijando audiencia el día 12 de agosto de corriente año a fin de que los señores C.G., R.M. y R.C. comparezcan ante el Juzgado a fin de prestar declaración testifical.

A fs. 319/324 del expediente electrónico obran las actas de audiencias donde constan las declaraciones de los testigos ofrecidos por la actora.- Por providencia de fecha 13 de agosto de 2.020 se denegó el recurso de aclaratoria interpuesto contra el A.I. N° 128 de fecha 7 de agosto de 2.020 por el INDI, por extemporáneo.

A fs. 380 del expediente electrónico el Actuario informó sobre las pruebas producidas.

Por providencia de fecha 17 de agosto de 2.020, se ordenó el cierre del periodo probatorio en la presente acción de Amparo y se llamó Autos para Sentencia.

CONSIDERANDO:

Que, el señor C.R., líder de la comunidad indígena denominada P. (Colonia 96 y Buena Vista) ubicada en el km. 357 de la Ruta Cnel. Franco, (entre Pozo Colorado y Concepción), promueve AMPARO CONSTITUCIONAL contra la Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.), Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y el Servicio Nacional de Saneamiento (SENASA) dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Señala como motivación de esta demanda, la omisión por parte de las instituciones demandadas en brindar asistencia a su comunidad con la correspondiente provisión de agua potable cuyo acceso a la misma se encuentra imposibilitada debido a que las fuentes naturales del líquido vital se han secado a consecuencia de la sequía que azota al territorio chaqueño, por tanto sus derechos constitucionales y humanos se ven gravemente lesionados en razón de que la salud de sus miembros entre ellos niños y ancianos así como factores que hacen a la calidad vida, al derecho a un ambiente saludable y salud misma, se encuentran gravemente afectados.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

Por su parte las instituciones accionadas han contestado la presente acción de amparo de la siguiente forma: El Servicio Nacional de Saneamiento (SENASA) informó al Juzgado que han enviado un equipo técnico para el traslado de la instalación del reservorio en el sitio donde se encuentran asentadas las familias aquejadas, lo cual concluiría en la semana y que al mismo tiempo se han comunicado con representantes de la Secretaría de Emergencia Nacional a los efectos de que una vez concluidos los trabajos se pueda proceder a la recarga del tanque. Por su parte, la Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.) alega que no existe una omisión ilegítima en razón a que ante dicha institución no obra solicitud de asistencia de provisión de agua por ninguno de los miembros de la comunidad accionante. Por último señala que su intervención debe proceder solo en el caso de que los municipios y gobernaciones se vean superados en su capacidad de respuestas ante situaciones de emergencia y que la Institución competente en materia de protección de los pueblos originarios es el Instituto Paraguayo del Indígena.

Por último, el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) comunicó al Juzgado que en lo que va del año, remitió las correspondientes notas a la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay S.A. (ESSAP), Ministerio de Obra Publicas y Comunicaciones (MOPC) y Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.) a fin de obtener la colaboración de las citadas instituciones como tanques de aguas, camiones cisternas para su traslado, y se realizó una Mesa de Trabajo con la RED DE DERECHOS DE HUMANOS del Ministerio de Justicia en la que participó la ONG Tierraviva.

En este estado de cosas, es preciso determinar si la pretensión de la actora en el caso que nos ocupa se adecua a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la procedencia del amparo. Al respecto el Art. 134 de la Constitución Nacional dispone: “Toda persona que por acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo, en los derechos o garantías consagrados en ésta constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiere remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley...”.

El AMPARO se halla supeditado a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) acto u omisión manifiestamente ilegítimo; b) lesión grave o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en la Constitución Nacional o en la ley; c) que el caso no pudiera remediarse por la vía

ordinaria; y, d) urgencia. La falta de alguno de ellos torna improcedente el amparo. En primer lugar es preciso establecer el marco en el que debe analizarse la presente acción de amparo incoada. En este punto corresponde analizar el art. 134 de la Constitución Nacional, el cual establece que toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo, en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. Esta disposición ha sido interpretada tradicionalmente en la doctrina en el sentido de que el amparo es una medida extraordinaria que procede solo en caso de que no exista otra vía para reclamar la reparación del derecho lesionado, o, existiendo tal vía, ella resulta inidónea para satisfacer la pretensión, teniendo en cuenta el carácter urgente de la cuestión. La URGENCIA se configura cuando el remedio que la vía ordinaria ofrece no es capaz de reparar el daño causado o restablecer el derecho lesionado sin que se produzca una pérdida irrecuperable. El hecho de que la vía disponible no sea la más rápida no implica desecharla, siempre que sea idónea y eficaz para obtener la reparación.

Establecidos los requisitos de procedencia corresponde dar inicio al análisis de la presente acción a fin de determinar la concurrencia o no de los requisitos mencionados anteriormente. Primeramente debemos corroborar la existencia de un ACTO U OMISION ILEGITIMO.

En el caso sub examine la parte actora alega como omisión ilegítima, la falta de provisión de agua potable a la comunidad P. (Colonia 96 y Buena Vista). Ahora bien, de lo mencionado, en primer lugar tenemos que el acto negativo ha quedado corroborado con las pruebas agregadas y diligenciadas por el amparista, como ser las documentales así como el informe del Canal 4 Telefuturo y grabación remitida en formato CD al Juzgado. En dichas pruebas se observa y se constata las condiciones de abandono y pobreza extrema en que se encuentran los miembros de la comunidad indígena accionante. Lo dicho se ve reforzado por las contestaciones de las instituciones demandadas quienes no han desmentido la existencia de tal situación, aunque manifestaron haber realizado las acciones burocráticas destinadas a dar respuesta a los requerimientos de los indígenas representados por su líder C.R. Al momento del AMPARO, lo que motivó el mismo, es la dura sequia por la que atraviesa el territorio chaqueño que sobrevino en el secado

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

del riacho Celedonio, de donde las familias de las mencionadas colonias se proveían de agua para la vida diaria. En las contestaciones de las instituciones S.E.N. Y SENASA se puede leer además que las mismas confirman el hecho de haber enviado tanques de agua que no llegaron a destino por diversos factores. No dejemos de mencionar las testificales obrantes en autos, las cuales son contestes en el sentido de abonar la afirmación sostenida por la actora. Así vemos la pregunta al testigo C.R.G.B., diga el testigo si sabe y le consta, en las entrevistas realizadas a algún miembro de la comunidad la distancia que debía recorrer para obtener agua, dijo: “Así es. En la segunda visita hay un lugar donde la comunidad vivía, distante a 2 o 3 km. donde hay unos aljibes cuyo estado tampoco es óptimo estaba depositando un poco de agua para proveerse de agua para beber y lavar ropa. Ahora en agosto, estaría en peores condiciones la situación que en aquella época en julio. La comunidad Buena Vista está distante a unos 10 km., más o menos, en donde hay una laguna que no es muy grande y de ahí se proveían de agua, pero en condiciones precarias”. El testigo P.R.C.G., declaró asimismo: “Nosotros desde que yo estoy en la SEN el tema de la distribución de agua, es la primera vez que D. O. N. C. y su comunidad necesitaban agua, si el tema de provisión de alimentos que lo hacemos vía aérea porque no tiene caminos de acceso, y por tierra ellos salían hasta un retiro de la Estancia J. a recibir sus alimentos con burros y motos. La gente de Salud suelen ingresar también por medio de helicópteros...” y por último el testigo R. M. G. dijo ante el Juzgado: “...Antes de llegar a 96 hay un retiro San Carlos de la Estancia J. hallamos un enorme tanque de unos 20 mil litros, y nos dijeron que ese tanque era de los indígenas, pero los de SENASA no podían llevar hasta la comunidad porque no hay camino, porque el tanque era de tamaño grande...”. Es así, que concluimos que al no contar la actora con acceso al líquido vital indispensable para la vida, salud y el medio ambiente, se denota una omisión ilegítima del Estado que debe tutelar por los derechos fundamentales ya mencionados.

En segundo lugar estudiaremos la lesión de derechos. Es importante, creemos, hacer mención al Preámbulo de la Constitución Nacional, el cual, a pesar de su valor meramente declarativo y axiológico, se erige como estandarte de los intereses supremos de nuestro Estado Social de Derecho. En él, se reconoce expresamente la dignidad humana como concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a la vida y a la calidad de la misma. Obviamente, el acceso al agua potable es un derecho fundamental que se halla

vinculado con el derecho a tener una vida saludable, al cual corresponde el correlativo deber que tiene el Estado de proveer las condiciones para efectivizarlo.

En este orden de ideas, la Parte Dogmática de nuestra Constitución contiene el catálogo de los derechos fundamentales, deberes y garantías de los paraguayos, entre los cuales, son de aplicabilidad para el caso sub examine, los siguientes: el derecho a la vida (art. 4), el derecho a la calidad de vida (art. 6), el derecho a un ambiente saludable (art. 7), el derecho a la defensa de los intereses difusos (art. 38), el derecho de peticionar a las autoridades (art. 40), de la igualdad de las personas (art. 46), de las garantías de la igualdad en la participación de los beneficios de la naturaleza y bienes materiales (art. 47 inc. 4), de la protección al niño (art. 54) y el derecho a la asistencia que tienen los pueblos indígenas (art. 66).

Que, las normativas constitucionales mencionadas son operativas para el Estado. Ello significa que queda a cargo de las autoridades estatales competentes trazar las metas a mediano y largo plazo para garantizar la calidad de vida de todos los habitantes. Las comunidades indígenas, entre las cuales se encuentra la parte actora, son grupos poblacionales que usualmente quedan relegados a la pobreza extrema y, por tanto, merecen una tutela preferencial por parte del Estado para garantizar su calidad de vida y preservar su hábitat. Por opción, los miembros de la comunidad indígena eligieron establecerse en determinado territorio, percibiendo directamente los frutos de la tierra (agua, vegetación, animales). Es por ello que deben tener acceso irrestricto a la provisión de agua potable y recursos hídricos libres de contaminación.

Es importante, llegados a este punto, entender que las comunidades indígenas son poblaciones en condiciones de vulnerabilidad. Son personas que, por razones históricas, sociales, económicas o culturales, han sido marginalizadas o excluidas de derechos o beneficios a los que pueden acceder el resto de la población. Es por ello que el Estado debe ofrecer dar más ventajas para compensar el trato discriminatorio de que son objeto (Peralta Ecurra, María A. Lecciones Profundizadas de Derechos Humanos. Ed. Marben. Asunción. 2.018. P. 165-166).

Las comunidades indígenas se han encontrado, desde hace decenios, en situación de extrema vulnerabilidad y, precisamente por ello, el Estado por medio de sus organismos o entidades competentes, incurre en una conducta omisiva al no proveer el agua o recursos hídricos suficientes para

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

ellos, en grave perjuicio de la calidad de vida de los pueblos indígenas. La condición étnica de un grupo de personas no puede implicar un menoscabo al acceso que deben tener al agua que, además debe encontrarse en condiciones aptas para su consumo. El artículo 7 de la Constitución habla de la importancia de este razonamiento. La primera parte de esta norma consagra un derecho con que cuenta todo habitante de la República del Paraguay, sin excepción alguna: el derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. El acceso al agua en calidad y cantidad suficiente forma parte de cualquier ecosistema saludable y equilibrado, y dicha armonía se rompe cuando falta agua en cantidad y calidad suficiente para garantizar la calidad de vida de los miembros de una comunidad. Este derecho fundamental es inescindible al de la calidad de vida, y un adecuado ejercicio de hermenéutica o interpretación constitucional no puede entenderlos como compartimentos estancos, sino que son interdependientes, como dos caras de una misma moneda.

El derecho al ambiente es un derecho fundamental que es de intereses difusos, y está relacionado con el desarrollo humano integral. (Almirón, E. Líneas de Análisis de una Constitución Problemática. Intercontinental Editora. Asunción. p. 60).

A su vez, el Ministro de la Corte, Manuel de Jesús Ramírez Candia ha entendido que un ambiente saludable es aquel que debe ser “satisfactorio y atractivo para permitir el desarrollo de la vida, debe asegurar que la misma no sea nociva e irritante para el desarrollo de la vida a causa de la contaminación, la polución o la degradación”. Seguidamente, afirmó que debe ser un “...espacio que ofrezca las condiciones de bienestar humano y para su desarrollo”. (Ramírez Candia, M. Derecho Constitucional Paraguayo. T.I. 2ª. ed. del autor. Asunción. p. 292).

Creemos que el artículo 38 citado, (defensa de los intereses difusos) es un derecho no siempre comprendido, pero que viene al caso analizar, puesto que faculta a cualquier persona, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas las medidas necesarias para la defensa del ambiente, la integridad del hábitat, la salubridad y otros bienes pertenecientes a la comunidad. El accionante, señor C.R., ha interpuesto una acción constitucional de Amparo en nombre de la COMUNIDAD INDÍGENA P. (Colonia 96 y Buena Vista), y la Constitución Nacional lo faculta a accionar de manera individual en representación de la mencionada comunidad. Se puede afirmar entonces que la Comunidad Indígena como colectividad

de personas, cuenta también con la legitimación activa para promover el Amparo, porque el acceso al agua potable es un bien de interés difuso. Los intereses difusos, entre los cuales se incluye el acceso al agua potable, forman parte de la salud pública, y son, por esencia, intereses de todos los habitantes. En este sentido, no sólo pertenecen a tal o cual comunidad indígena, sino a todos los paraguayos, sin distingos.

En este punto, cabe mencionar el artículo 46 del mismo cuerpo normativo, que no puede soslayarse de manera alguna en el análisis de este caso, ya que consagra la igualdad de las personas: “De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien...”. Esta norma constitucional no requiere mayores profundizaciones: todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos y las discriminaciones están vedadas. A ello va correlacionado el deber del Estado de remover los obstáculos y otros factores que propicien la exclusión de los miembros de las comunidades indígenas del país. En cuanto al deber que tiene el Estado de remover los obstáculos o favores que generen una situación de discriminación en contra de pueblos indígenas, se lo entiende en doctrina como “acción afirmativa” que, en manera muy sucinta, significa el otorgamiento de un “trato igual para los iguales”. Debe ofrecer el Estado las mismas posibilidades a todas aquellas personas que se encuentren en idénticas situaciones de hecho.

En el caso, está a cargo de las autoridades competentes el llevar a cabo las acciones necesarias para remover cualquier dificultad que la comunidad indígena tenga para acceder al agua potable. Con ello, la igualdad no se entiende como un concepto que se presenta “de espaldas” a la realidad, sino que se complementa con un criterio de equidad (trato igual a los iguales), hasta lograr que la situación de los pueblos indígenas se “nivele para arriba”, en igualdad de condiciones con el resto de los paraguayos en el acceso al agua potable y a la calidad de vida. (Peralta Ecurra, María Alejandra. *Op.cit.*, P. 166-168).

Siguiendo con el análisis constitucional, el art. 47 establece ciertas garantías para tornar operativa la igualdad entre las personas, y una de ellas consiste en “...la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales...” Entre los beneficios de la naturaleza se encuentra el agua, líquido vital para una vida digna. Esta norma constitucional sólo puede ser interpretada de manera armónica

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

con el artículo 46 de la C.N. Las garantías de la igualdad son siempre a cargo del Estado, y solamente éste puede paulatinamente hacer efectivo el disfrute de los derechos constitucionales, teniendo como eje la dignidad de la persona humana, que es el barómetro de cualquier sociedad que se jacte de ser civilizada (principio pro persona). Por último y no por ello menos importante, el Artículo 66 de la C.N. establece: “El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural”. En materia de derechos fundamentales, a cada derecho corresponde una obligación a cargo del Estado de efectivizarlos y lograr que se cumplan, que no se vuelvan “letra muerta”. La omisión del Estado es grave, ya que el hecho de no asegurar el cumplimiento de estos derechos fundamentales atenta contra las bases de nuestro ordenamiento jurídico patrio, amén de constituir una violación abierta a los derechos humanos en el plano internacional, como se verá al desarrollar someramente los instrumentos internacionales aplicables a la cuestión fáctica presentada en autos.

No debe olvidarse que, el Estado paraguayo es un Estado Social de Derecho y, como tal, reconoce la existencia de derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentran todos los enumerados anteriormente. El derecho a acceder a agua potable y en condiciones aptas para su consumo (no contaminada) forma parte de los derechos de tercera generación, vinculados directamente al derecho a vivir en un ambiente saludable, con calidad de vida. Estos derechos, de más reciente evolución doctrinaria y legislativa, pertenecen a la esfera de derechos tutelables por el presente Amparo. Así lo entiende la autora paraguaya Elodia Almirón Prujel, quien sostiene que las garantías y los derechos humanos son valores que procuran el fundamento mismo de la convivencia, “...a cuyo fin el orden jurídico positivo se subordina a ellos, y los jueces que los interpretan encuentran una fuente modelo de la cual no pueden apartarse sin caer en arbitrariedad o injusticia” (Almirón, E. Constitución y Derechos Humanos. Intercontinental Editora. Asunción. 2.014. p. 179).

Todos los derechos constitucionales anteriormente citados y explicitados no pueden ser interpretados, sino de manera conjunta, armónica u holística. Los derechos humanos son universales, inviolables, inalienables,

imprescriptibles, absolutos, progresivos, así como también interdependientes, integrales y complementarios. Desmembrar una de sus partes o interpretarlas fragmentariamente implicaría atentar contra el todo, puesto que la maquinaria de los Derechos Humanos no funciona sin algunas de estas piezas esenciales. Un anquilosamiento de cualquiera de los derechos (sus partes), implicaría desfigurar la visión completa del problema de fondo. Para una autoridad indiscutible en materia de derechos fundamentales, éstos tienen carácter de principios, van más allá de la norma y, como tales, tienen mandatos de optimización. Todo el discurso tiende a que los derechos consagrados textualmente se lleven a la práctica (Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2017. p. 511). Según la autora paraguaya Elodia Almirón, “...como principio rector se encuentra el reconocimiento de la dignidad humana, como factor integral en la protección del individuo, y elemento necesario para obtener y conservar su libertad, igualdad y el acceso a la justicia; reafirmando los principios de la democracia representativa, participativa y pluralista, marco éste donde se puede conseguir el respeto hacia esa dignidad humana, con la consagración de valores democráticos. También reconoce al Paraguay como parte integrante de la comunidad internacional, principio este de radical importancia, en el contexto de la globalización mundial, y reconocimiento a su vez de un orden jurídico supranacional”. (Almirón, E. Op. cit. p. 93).

El hecho de que la República del Paraguay forme parte del concierto de naciones o comunidad internacional implica, desde el plano jurídico, que se encuentra sometida a instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El artículo 143 de la Ley Fundamental expresamente acepta la existencia de un orden jurídico supranacional, y acepta la existencia de derechos fundamentales. El artículo 145 de la Constitución Nacional refuerza dicha noción, de la siguiente manera: Del orden jurídico supranacional. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural...”. Naturalmente, esta plena inserción dentro de la comunidad jurídica internacional se da por medio de la firma y ratificación de instrumentos internacionales e interamericanos (regionales), tales como declaraciones, tratados, convenios, protocolos y demás acuerdos. Dentro de nuestra estructura jerárquico normativa, estos instrumentos se

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24º TURNO

encuentran por debajo de la Constitución Nacional, por lo que cabe desarrollarlas en los siguientes apartados. En efecto, el mecanismo o herramienta que la Constitución brinda para garantizar los derechos fundamentales es, entre otros, el Amparo Constitucional, conforme al artículo 137. Ello justifica plenamente que el amparista haya correctamente optado por esta vía procesal para compeler a las autoridades a cumplir con la obligación de proveer agua potable en cantidad y calidad suficientes para así buscar una mejora en la calidad de vida de los habitantes de la comunidad indígena P., de la etnia Enxet Lengua, del Departamento de Presidente Hayes. Es obligatoria la remisión a la normativa internacional e interamericana (regional) en materia de derechos humanos, puesto que el derecho de acceso al agua es de interés colectivo y guarda relación con el derecho humano básico de contar con una calidad de vida acorde con el pleno desarrollo de la calidad humana. Todos los juzgados ejercen un control de convencionalidad “difuso” de los instrumentos internacionales y regionales (en este caso, interamericanos) que han sido ratificados debidamente por ley nacional. Los jueces deben realizar siempre un examen de compatibilidad entre los actos normativos (resoluciones del Poder Judicial) y las convenciones de derechos humanos, así como la jurisprudencia internacional e interamericana aplicables (Peralta Ecurra, María y Merlo Faella, Ricardo. Control de Convencionalidad. Aplicabilidad en el Paraguay. Ed. Marben. Asunción. 2016. p. 48).

En caso de violación a los derechos humanos, por conducta activa u omisiva, el Estado cuenta con una responsabilidad ante la comunidad internacional, y el control de convencionalidad difuso es parte de la carta de ciudadanía que nuestra C.N. ha otorgado al derecho internacional de los derechos humanos. Este control no significa de manera alguna que se menoscabe la específica función que tiene la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Constitucional, de realizar un control de convencionalidad más específico y “concentrado”. Un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, claramente lo expresa: “Este ‘control de convencionalidad’, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener...carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”. (Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs.

Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2006, citado por Ecurra y Faella. Control...p. 51-52.

Consúltese también el Acuerdo y Sentencia N° 1.283 del 30 de diciembre de 2014 de la Sala Penal de la C.S.J.).

La República del Paraguay forma parte de dos sistemas supranacionales de tutela de derechos humanos- la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA)- siendo la primera de ellas de carácter universal, mientras que la segunda es regional o propia del continente americano. Nuestra nación forma parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, como Estado Miembro de la misma, ha ratificado numerosos instrumentos internacionales. Se hará una breve cita de los instrumentos más relevantes, por su encuadre a la cuestión de fondo de este AMPARO (derecho a la provisión de agua potable, de protección al medio ambiente y la calidad de vida). Dentro del sistema internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 ha sido un hito legislativo, y Paraguay también lo reconoce y acepta planamente. Los artículos 22 al 27 de esta declaración de derechos humanos contemplan los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentra el derecho a tener una vida digna y de calidad (art. 25, núm. 1). El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966), ha sido ratificado por Ley N° 4/92, y por medio de él se garantiza el derecho que tienen todos a gozar de los beneficios económicos, sociales y culturales en él enunciados (art. 3), sin discriminación alguna por razones étnicas u otras (art. 2, núm. 2). El derecho a un nivel de vida adecuado, entre los cuales se encuentra la alimentación (incluyendo el derecho a contar con agua potable) está tutelado por medio del artículo 11, que además menciona la obligación que tiene el Estado de asegurar el cumplimiento de este derecho fundamental. No puede dejar de mencionarse el hecho de que la ONU funciona por medio de sus agencias especializadas, entre las cuales se encuentra la Organización Mundial de la Salud (OMS), y ésta agencia dicta recomendaciones desde el año 1948, en materia de salud. Los Estados deben crear las condiciones que permitan a las personas que vivan en ellos, gozar de la vida lo más saludable posible, y esto incluye la provisión de agua potable. La OMS impone a todos los Estados Miembros de la ONU tres tipos de obligaciones: respetar, proteger y cumplir con las recomendaciones emitidas, y también debe cumplir con la obligación de proveer agua potable o facilitar las condiciones para que toda persona pueda acceder a la

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24º TURNO

misma. La Resolución Nº 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el derecho al agua y al saneamiento, reafirmando que el agua debe ser limpia y potable, siendo esto esencial para el desarrollo de los derechos humanos. Exhorta a los Estados a proporcionar un suministro de agua potable, que sea accesible para todos, sin distinción alguna.

Por otro lado, la Observación General Nº 15 de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, fue dictada en noviembre de 2.002, y en su artículo 1 dispone: “El derecho humano al agua es indispensable para una vida digna”. Define al derecho al agua como el derecho que tiene cada persona a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico.

Nuestro país es también miembro de un sistema regional de protección de derechos humanos conocido como la Organización de los Estados Americanos (OEA) y, como tal, ha ratificado por Ley Nº 1/89 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1.969, así como su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988, también conocido como Protocolo de San Salvador. El Pacto de San José de Costa Rica, receptado íntegramente por el Paraguay, consagra en su primera parte derechos a favor de toda persona, que no pueden verse menoscabados de manera alguna (art. 1), de igualdad ante la ley (art. 24), así como al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales mediante las medidas a ser adoptadas por el Estado (art. 26). El Protocolo de San Salvador, de aplicabilidad más directa para el caso sub examine, obliga a los Estados Miembros de la OEA a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles, tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 1).

Merecen ser citadas las siguientes disposiciones, por su importancia para este caso: el derecho a la salud (art. 10), el derecho a un ambiente sano (art. 11) y el derecho a la alimentación (art. 12). El derecho al agua potable forma parte del derecho que tienen las personas a recibir una alimentación adecuada. La OEA, por medio de su Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible, trabaja en asegurar el derecho que tienen las personas a vivir en un ambiente saludable y equilibrado, y el derecho al agua forma parte de su línea estratégica, por lo que mal puede el Estado paraguayo desconocer sus obligaciones para con los miembros de la Comunidad Indígena. Los grupos étnicos cuentan con una tutela preferencial por ser un

grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad, y es por ello que tanto en la ONU como en la OEA se han dictado instrumentos normativos o mecanismos para tutelarlas, a saber: 1) Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (2.007); y, 2) En el sistema interamericano, contamos con una Comisión y una Corte Interamericana para proteger los derechos plasmados en la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.). En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica, ha sentado jurisprudencia a favor de las Comunidades Indígenas del Paraguay, y en todos los casos, la Corte falló en contra del Estado paraguayo, por no haber cumplido con el deber de garantizar el cumplimiento de distintos derechos económicos, sociales y culturales. La Declaración de la OEA sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2.016), en su artículo VI, dispone que los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. El artículo XIX declara que los indígenas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, seguro y sustentable, en condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida y bienestar colectivo. En cuanto a los recursos de que pueden disponer, el artículo XXV, numerales 2 y 4, menciona que tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. Está a cargo del Estado asegurar el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras y recursos, entre los que se encuentran los recursos hídricos. Por el peso o grado de importancia con que cuenta la tutela de los derechos humanos fundamentales de acceso al agua potable en la normativa nacional e internacional receptada por el Paraguay, estimamos que el amparo deviene totalmente procedente a favor de la COMUNIDAD INDÍGENA P.

A pesar de las numerosísimas leyes nacionales y tratados internacionales citados como marco legal aplicables a esta garantía constitucional, no está demás mencionar asimismo los sistemas normativos que si bien, se encuentran por debajo -en el orden de prelación del art. 137 de la C.N.- de la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales, rigen la materia objeto de estudio, y ellos son la Ley No 904/81 Estatuto de las Comunidades Indígenas, especialmente en su art. 32 que establece cuales son las funciones del INDI, la Ley No 2.615/05 que crea la S.E.N. y la Ley No 6.524/20 del Estado de Emergencia Nacional generada por la pandemia del Coronavirus que nos

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

afecta en todo el territorio nacional y del cual tampoco escapan las comunidades indígenas y en dicho contexto se hace urgente e imperiosa la necesidad de contar con agua potable.

Avanzando en el análisis del presente juicio, hablaremos del agotamiento de las vías previas y el estado de urgencia. Las instituciones demandadas tienen el deber de provisión de agua potable, sin el cual la vida, la calidad de vida y salud se verían afectados. Tal situación mediante la aplicación de las reglas del proceso ordinario u otro proceso judicial o administrativo, haría infructuosa la intervención del Estado, puesto que sin mencionar la emergencia sanitaria nacional por el COVID-19, dichos procesos desembocarían en una respuesta tardía a una necesidad urgente y básica como lo es el agua para el ser humano. Así es como se tornan estériles los remedios ordinarios por la naturaleza misma del caso y por la urgencia, puesto que la falta de agua acarrea enfermedades e incluso la muerte para cualquier persona.

La jurisprudencia y la doctrina así también lo entienden. “Conforme con este criterio existen ciertos derechos que requieren la protección urgente, tales como los derechos vinculados a la vida, a la salud, al ambiente sano. Se considera que estos derechos requieren de la protección con urgencia por el efecto que puede tener la demora en estos. Este criterio fue sostenido por el Tribunal de Apelación, Primera Sala Penal, de Asunción, señalando que aun cuando existen vías previas o paralelas, el amparo debe admitirse cuando se reclama el derecho a la vida, a la salud, por el efecto que puede tener sobre estos derechos la demora en dictarse la resolución”. (A. y S. No 195 31/12/10 “Amparo Constitucional promovido en: B. J. y otros c/ La Caja de Jub. y Pen. de Personal Municipal.”).

El Acceso al agua no solo es un derecho humano al cual todos debemos acceder, sino que la restricción del mismo implica la vulneración inmediata y directa de la salud y por tanto de la vida, por ello la única vía judicial para el acceso pleno en caso de una restricción, es el amparo constitucional en razón a que el procedimiento es de carácter urgente. Además cabe puntualizar que estamos en una situación sanitaria complicada en razón a la pandemia del COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud y nuestra autoridad competente, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en concordancia con el Poder Ejecutivo. Dichas autoridades han recomendado las medidas de prevención del contagio del COVID-19, las cuales en todas sus aristas establecen el uso ineludible del agua como elemento

fundamental de limpieza. Por lo que dicha circunstancia refuerza el carácter urgente de esta petición.

Este Juzgado considera insuficientes las soluciones que ofrecen las instituciones aquí demandadas, para garantizar el derecho al agua potable y otros recursos necesarios para la vida, por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las comunidades recurrentes; y considera que existe una situación de inmediatez debido a las circunstancias personales, económicas y sociales de la comunidad P. (Colonia 96 y Buena Vista), para acceder a un vida con condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad que garantice la integridad física, síquica y moral de sus habitantes. Esta asistencia a la que hacemos referencia debe formar parte de políticas públicas que deben los gobiernos implementar con el fin de efectivizar el acceso a los derechos largamente mencionados en este considerando. Dicha implementación debe ser sostenible y continuada en el tiempo y así lo ordenamos en esta resolución.

Por tanto, a fin de proteger los derechos de los recurrentes y de pretender con ello que no se haga una declaración lírica al acogerse esta demanda de AMPARO, de conformidad al art. 578 del C.P.C., este Juzgado entiende que debe admitirse el amparo promovido por el señor C. R. líder de la comunidad indígena P. (Colonia 96 y Buena Vista), ordenando que las instituciones demandadas Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.), Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y el Servicio Nacional de Saneamiento (SENASA) dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social a que provean de asistencia integral, agua en calidad y cantidad adecuada, asistencia en salud y alimentación, todo ello dentro de un marco de asistencia sostenible.

COSTAS: En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a los demandados con el alcance establecido en el art. 192 y 587 del C.P.C.

POR TANTO, de conformidad a lo precedentemente expuesto, el Juzgado de 1ª. Instancia en lo Civil y Comercial del 24º Turno,

R E S U E L V E:

HACER LUGAR al presente AMPARO CONSTITUCIONAL planteado por el señor C.R. en nombre y representación de la comunidad P. (Colonia 96 y Buena Vista), en contra de la Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.), Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y el Servicio Nacional de Saneamiento (SENASA) dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y en consecuencia;

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DEL 24° TURNO

ORDENAR a la Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.), al Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y al Servicio Nacional de Saneamiento (SENASA) dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a que provean de forma urgente e inmediata de asistencia integral, agua potable en calidad y cantidad adecuada, asistencia en salud y alimentación, todo ello dentro de un marco de asistencia sostenible, a los miembros de la comunidad indígena P (Colonia 96 y Buena Vista), por cualquier medio terrestre, fluvial o aéreo.

IMPONER LAS COSTAS a la parte perdidosa.

LIBRAR los correspondientes oficios.

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

Firmado: Magistrada Alejandra Magali Zabala de Biedermann.

Ante mí: Carlos Galeano Aranda, Secretario.

JUZGADO PENAL DE GARANTÍA

AUTO INTERLOCUTORIO N° 256

***Cuestión debatida:** Por la presente resolución se procedió a la Autorización judicial, a los representantes del I.N.A.T., a fin de que el equipo médico proceda a la realización del procedimiento de extracción multiorgánica y tejidos de un occiso para su posterior trasplante, todo ello en atención a lo dispuesto en el LEY N° 6170 que modifica la LEY N° 1.246/98.*

Ley N° 6.170 que MODIFICA VARIOS ARTÍCULOS DE LA LEY N° 1.246/1.998 “DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS ANATÓMICOS HUMANOS” Y LA LEY N° 4.758/2.012 “QUE CREA EL FONDO NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA Y DESARROLLO (FONACIDE) Y EL FONDO PARA LA EXCELENCIA DE LA EDUCACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN” Y SU MODIFICATORIA LEY N° 6.069/2.018 (LEY ANITA). MAGISTRADO. AUTORIZACIÓN JUDICIAL. I.N.A.T. INSTITUTO NACIONAL DE ABLACIÓN Y TRASPLANTE.

Art. 20.- En caso de muerte violenta accidental, no existiendo constancia en el Registro del Instituto Nacional de Ablación y Trasplante (INAT) de voluntad expresa de oposición, se debe contar con la autorización judicial. El juez interviniente deberá expedirse dentro de las dos horas de recibido el pedido de autorización judicial.

El médico que realice la ablación deberá informar en el plazo de sesenta y dos horas al juzgado sobre las circunstancias del caso y sobre el estado del órgano o material ablacionado.

JUZGADO PENAL DE GARANTÍAS DE GUARDIA. 03/05/2.023. Autorización Judicial de Extracción Multiorgánica de Tejidos. (A.I. N° 256).

A.I. N° 256

Asunción, 03 de mayo del 2.023.

JURISPRUDENCIA

VISTO: La nota presentada por el presidente del I. N. A.T.

CONSIDERANDO:

QUE, en fecha 03 de mayo del 2.023 se ha recepcionado ante este juzgado la Nota I.N.A.T. N° 195/2.023, emanada del Presidente el I.N.A.T. por la cual requiere autorización judicial de carácter urgente para la realizar un procedimiento de extracción multiorgánica y tejidos del fallecido R. G., bajo el consentimiento firmado por conforme lo refiere la Nota citada precedentemente.

QUE, la Ley N° 6.170 que modifica varios artículos de la ley 1.246/1998 de Trasplante de Órganos y Tejidos anatómicos humanos y la ley 4.758/2.012 “Que crea el Fondo Nacional de Inversión Pública y Desarrollo (FONACIDE) y fondo para la Excelencia de la Educación y la Investigación y su modificatoria la LEY 6.069/218 en su artículo 20 reza: Art. 20. En caso de muerte violenta accidental, no existiendo constancia en el Registro del Instituto Nacional de Ablación y Trasplante (I.N.A.T.) de voluntad expresa de oposición, se debe contar con la autorización judicial. El juez interviniente deberá expedirse dentro de las dos horas de recibido el pedido de autorización judicial.

El médico que realice la ablación deberá informar en el plazo de setenta y dos horas al juzgado sobre las circunstancias del caso y sobre el estado del órgano o material ablacionado.

POR TANTO, el Juez Penal de Garantías de Turno,

R E S U E L V E :

AUTORIZAR, el procedimiento de extracción multiorgánica y tejidos del occiso R.G., solicitado por el Presidente del I.N.A.T. dependiente del M.S.P. Y B.S.

DISPONER, que los profesionales responsables del procedimiento informen al juzgado en el plazo de 72 hs. sobre las circunstancias el caso y sobre el estado del órgano o material ablacionado.

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

Firmado: JUEZ ABG. MIRKO VALINOTTI.

Ante mí: KATHIA KOHN Actuaría.
