





## **GACETA JUDICIAL**





# GACETA JUDICIAL

Director  
**Dr. José Raúl Torres Kirmser**  
Ministro

Año 2018 – Número 1

INSTITUTO DE  
INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Asunción, Paraguay

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

Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

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

**GACETA JUDICIAL N° 1/2018**  
Primera edición 2018: 500 ejemplares

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJ)**  
DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSEY, MINISTRO ENCARGADO  
ABG. CARMEN MONTAÑA CIBILS, DIRECTORA

**COORDINACIÓN**  
DR. GIUSEPPE FOSSATI LÓPEZ  
ABG. SILVANA GONZÁLEZ

**EQUIPO DE ELABORACIÓN**  
ABG. NATALIA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA  
ABG. NORA MURDOCH GUIRLAND, INVESTIGADORA  
ABG. FANNY LÓPEZ RIVAROLA, INVESTIGADORA  
PAULA MÉNDEZ F., ASISTENTE

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

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

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

**ISBN: 978-99967-48-91-2**

## CONTENIDO

### ÍNDICES

Índice Temático .....	13
Índice por Tribunales .....	17

### DOCTRINA

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL .....	21
---	----

*Alberto Martínez Simón*

### JURISPRUDENCIA

LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Delito militar. Delito común. FUERZAS ARMADAS. FUERZAS ARMADAS. SENTENCIA. Sentencia Arbitraria. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Control Constitucional. C.S.J. Sala Constitucional. 24/07/2012 (Ac. y Sent. N° 858). .....	131
LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Junta de Calificación de servicios. C.S.J. Sala Penal. 25/08/2009 (Ac. y Sent. N° 703). .....	143
LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. PODER EJECUTIVO. Decreto. C.S.J. Sala Penal. 24/11/2009 (Ac. y Sent. N° 838). .....	149

## CONTENIDO

LEY Nº 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. POLICÍA NACIONAL. Sanciones disciplinarias. Baja. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Derecho a la defensa. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. C.S.J. Sala Penal. 12/05/2010 (Ac. y Sent. Nº 63). .....	155
FUERZAS ARMADAS. LEY Nº 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Retiro temporal. Junta de Calificación de servicios. C.S.J. Sala Penal. 21/03/2011 (Ac. y Sent. Nº 97). .....	163
FUERZAS ARMADAS. RECURSO DE REVISIÓN. Recurso de revisión en el proceso penal militar. C.S.J. Sala Penal. 09/09/2011 (Ac. y Sent. Nº 667). .....	170
LEGISLACIÓN APLICABLE. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Plazo de prescripción. TRIBUNAL DE CUENTAS. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. C.S.J. Sala Penal. 26/07/2013 (Ac. y Sent. Nº 776). .....	179
POLICÍA NACIONAL. Baja deshonrosa. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. C.S.J. Sala Penal. 31/12/2013 (Ac y Sent. Nº 2.008). ....	184
EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. Ley aplicable a la prescripción. Cómputo. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. C.S.J. Sala Penal. 14/10/2014 (Ac. y Sent. Nº 1.058). .....	198
CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. Garantías procesales. CÓDIGO PENAL MILITAR. CÓDIGO PROCESAL MILITAR. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia. Falta de fundamentación. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. UNLIDAD. MAGISTRADOS. NULIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014 (Ac. y Sent. Nº 1.283). .....	205
LEY Nº 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. C.S.J. Sala Penal. 26/02/2015 (Ac. y Sent. Nº 88).....	245



## CONTENIDO

POLICÍA NACIONAL. Baja policial. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. C.S.J. Sala Penal. 26/02/2015 (Ac. y Sent. N° 92).	252
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PRESCRIPCIÓN. C.S.J. Sala Penal. 17/03/2015 (Ac. y Sent. N° 152).	258
PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Requisitos de aplicación. Antinomia. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. LEY N° 1626/00 LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. Requisitos de validez. Caducidad de la instancia. C.S.J. Sala Penal 12/05/2015 (Ac. y Sent. N° 318).	263
CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. POLICÍA NACIONAL. Principios básicos de actuación de la Policía Nacional. PODER JUDICIAL. Tribunal de Cuentas. C.S.J. Sala Penal. 03/07/2015 (Ac. y Sent. N° 495).	271
PROCESO PENAL. Criterio de oportunidad. MINISTERIO PÚBLICO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Lex specialis derogat generali. Antinomia. N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. LEY N° 1626/00 LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. C.S.J. Sala Penal. 25/08/2015 (Ac. y Sent. N° 630).	285
PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. Deserción o abandono. C.S.J. Sala Penal. 07/03/2016 (Ac. y Sent. N° 136).	291
LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro absoluto. C.S.J. Sala Penal. 09/06/2016 (Ac. y Sent. N° 731).	300
POLICÍA NACIONAL. Baja policial. Reincorporación. Plazo. PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de prueba. Ofrecimiento y producción de prueba. C.S.J. Sala Penal. 09/06/2016 (Ac. y Sent. N° 735).	307

## CONTENIDO

LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. JUBILACIÓN. Personal militar. LEY N° 4493 /11. Establece los montos de la escala del sueldo básico mensual y otras remuneraciones de los integrantes de las Fuerzas Públicas. C.S.J. Sala Penal. 19/07/2016 (Ac. y Sent. N° 967). .....	314
LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de irretroactividad. C.S.J. Sala Penal. 8/09/2016 (Ac. y Sent. N° 1.259). .....	321
LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. MINISTERIO DE HACIENDA. Sub Secretaría de Tributación. . PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. Ministerio de Hacienda. Sub Secretaría de Tributación. LEY N° 2.345/03 DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. C.S.J. Sala Penal. 01/11/2016 (Ac. y Sent. N° 1.550). .....	327
POLICÍA NACIONAL. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Incidencia con el Proceso Penal. Requisitos. C.S.J. Sala Penal. 22/12/2016 (Ac. y Sent. N° 1.907). .....	337
DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Proceso contencioso administrativo. Jubilación. Aporte jubilatorio. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Proceso contencioso administrativo. JUBILACIÓN. Aporte jubilatorio. C.S.J. Sala Penal. 29/05/2017 (Ac. y Sent. N° 502). .....	347
FUERZAS ARMADAS. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios. C.S.J. Sala Penal. 14/06/2017 (Ac. y Sent. N° 575). .....	352

## CONTENIDO

LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Baja deshonrosa. Junta de Calificación de servicios. Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 04/05/2017 (Ac. y Sent. N° 32). .....	363
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 14/11/2017 (A.I. N° 1.032). .....	377
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. Prescripción de la acción. COSTAS. Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 03/04/2018 (A.I. N° 170). .....	383





## **Índice Temático**

- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 132
  - Control Constitucional, 132
- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 198
- CÓDIGO PENAL MILITAR, 205
- CÓDIGO PROCESAL MILITAR, 205
- CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY,
  - 132, 184, 185, 205, 206, 210, 272, 322
  - Derecho a la defensa, 184, 185, 205, 206, 210
  - Derecho a la igualdad, 132
  - Garantías procesales, 206, 210
  - Principio de irretroactividad, 322
- CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, 252
- COSTAS, 383
- DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, 347, 348
  - Aporte jubilatorio, 347
  - Jubilación, 347
  - Proceso contencioso administrativo, 347, 348
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 377
- EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, 198, 383
  - Cómputo, 198
  - Ley aplicable a la prescripción, 198, 383

## ÍNDICE TEMÁTICO

Prescripción de la acción, 198, 383

FUERZAS ARMADAS, 131, 132, 149, 150, 163, 170, 245, 291, 292, 293, 294, 300, 301, 314, 321, 352, 363, 364

Baja deshonrosa, 363, 364

Deserción o abandono, 293, 294

Junta de Calificación de servicios, 149, 150, 291, 292, 293, 294, 363, 364

Retiro, 245, 293, 294

Retiro absoluto, 300, 301

Retiro de oficio, 364

JUBILACIÓN, 314, 348

Aporte jubilatorio, 348

Personal militar, 314

LEGISLACIÓN APLICABLE, 179

LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR, 131, 132, 149, 150, 245, 292, 293, 294, 300, 301, 314, 321, 327, 352, 363, 364

Delito común, 131, 132

Junta de Calificación de servicios, 143, 144, 163

Retiro temporal, 163

LEY N° 1626/00 LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, 264, 286

LEY N° 2.345/03 DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL, 329

LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL, 156, 264, 272, 273, 286, 337, 348

MAGISTRADOS, 210

MINISTERIO DE HACIENDA, 328

Sub Secretaría de Tributación, 328

MINISTERIO PÚBLICO, 285

NULIDAD, 207, 208, 209, 211

## ÍNDICE TEMÁTICO

- PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 206
- PODER EJECUTIVO, 150, 273, 291, 322, 327, 328, 329
  - Decreto, 150
  - Decretos del Poder Ejecutivo, 273, 291, 322, 327, 328, 329
  - Ministerio de Hacienda, 329
  - Sub Secretaría de Tributación, 329
- PODER JUDICIAL, 273
  - Tribunal de Cuentas, 273
- POLICÍA NACIONAL, 156, 184, 185, 252, 272, 273, 308, 337, 338
  - Baja, 156
  - Baja deshonrosa, 184, 185
  - Baja policial, 252, 308
  - Plazo, 308
  - Principios básicos de actuación de la Policía Nacional, 272
  - Reincorporación, 308
  - Sanciones disciplinarias, 156
- PRESCRIPCIÓN, 258
- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, 207, 263, 264, 286
  - Antinomia, 264, 286
  - Lex specialis derogat generali, 286
  - Requisitos de aplicación, 263
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, 207, 208, 209, 211, 245
- PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, 156, 179, 258, 263, 264, 337, 338, 352, 377, 383
  - Derecho a la defensa, 156
  - Incidencia con el Proceso Penal, 337, 338
  - Necesidad de agotar Recursos Ordinarios, 352, 377
  - Plazo de prescripción, 179
  - Requisitos, 337
- PROCESO PENAL, 285

## ÍNDICE TEMÁTICO

Criterio de oportunidad, 285

### PRUEBA, 308

Carga de la prueba, 308

Ofrecimiento y producción de prueba, 308

### RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, 258

### RECURSO DE REVISIÓN, 170

Recurso de revisión en el proceso penal militar, 170

### SENTENCIA, 131, 132, 150, 206, 207, 208, 209, 211

Falta de fundamentación, 206, 207

Fundamentación, 150

Incongruencia, 208, 209, 211

Sentencia arbitraria, 131, 132

Vicios de la sentencia, 206, 207, 208, 209, 211

### SUMARIO ADMINISTRATIVO, 264

Caducidad de la instancia, 264

Requisitos de validez, 264

### TRIBUNAL DE CUENTAS, 179





# Índice por Tribunales

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### Sala Constitucional

- C.S.J. Sala Constitucional. 24/07/2012. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Sumario instruido al Tte. de Caballería Hugo Daniel Silva Quevedo s/ Hecho de homicidio ocurrido en el Rc Mtz N° 1 “Cnel. Valois Rivarola, Pozo Colorado” (Ac. y Sent. N° 858). ..... 131

### Sala Penal

- C.S.J. Sala Penal. 25/08/2009. “Erlich Cabral Serpa c/ Decreto N° 10.513 de fecha 28 de junio de 2007 dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 703). ..... 143
- C.S.J. Sala Penal. 24/11/2009. “Mayor DEM (SR) Juan Emilio Galeano Jimenez c/ Decreto N° 8.180 del 15 de setiembre 2006. Dic. por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 838). ..... 149
- C.S.J. Sala Penal. 12/05/2010. “Sub-Crio. Vidal Machado Orihuela c/ Resoluciones N°s. 169 de mayo de 2006 de la Dirección de Justicia Policial; y el Decreto N° 8820 del 29 de setiembre de 2006, del Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 63). ..... 155
- C.S.J. Sala Penal. 21/03/2011. “Mayor Int. (S/R) Felipe Valentín Mercado Larramendia c/ Decreto N° 6.374 dictado por el Poder Ejecutivo en fecha 16 de setiembre de 2005” (Ac. y Sent. N° 97). ..... 163

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Penal. 09/09/2011. “Recurso de revisión interpuesto por SO MB Herminio Hipólito Martínez Segovia, bajo el patrocinio de la abogada Cyntia Lorena Garay, en la causa N° 1.871/07 “S.I. al Cnel. DEM Lorenzo Ruiz Díaz, My. Inf. Víctor Manuel Berdoy Barrios y otros s/ Sup. hecho de robo y/o hurto de fusiles, municiones, cargadores y yatagán en la 3° Div. Ciudad del Este” (Ac. y Sent. N° 667). .....	170
C.S.J. Sala Penal. 26/07/2013. “Pablo Joni Ruiz Rodríguez c/ Dictamen DJ N° 1.120 del 10/08/07, Dict. por el Departamento Jurídico de la Comandancia de la Policía Nacional” (Ac. y Sent. N° 776). .....	179
C.S.J. Sala Penal. 31/12/2013. “Emilio Esquivel c/ Decreto N° 6.134 del 11 de febrero de 2011, Dict. por el Poder Ejecutivo” (Ac y Sent. N° 2.008). .....	184
C.S.J. Sala Penal. 14/10/2014 “Marcos Adolfo Aquino Britos c/ Decreto N° 39.811 de fecha 30/05/83, dictada por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 1.058). .....	198
C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014. “Sumario instruido al Tte. de Artillería Honorio Nicasio Aguilera Irala sobre supuesto hecho de delito contra el servicio, desobediencia, abuso de autoridad y falta contra la disciplina militar ocurrido en el Comarte” (Ac. y Sent. N° 1.283). .....	205
CSJ. Sala Penal. 26/02/2015. Del Ministerio de Hacienda N° 243 “Víctor Hugo Amarilla Cibils c/ Resolución N° 1.778 de fecha 23 de mayo de 2012. Año 2012” (Ac. y Sent. N° 88). .....	245
C.S.J. Sala Penal. 26/02/2015. “Eduardo Ignacio Arza Aquino c/ Decreto N° 8.474, de fecha 27 de febrero de 2012, dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 92). .....	252
C.S.J. Sala Penal. 17/03/2015. “José Onofre Rojas Britez c/ Decreto N° 26.923 de fecha 4 de febrero de 1943 dictado por el Poder Ejecutivo y el Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución N° 166 de fecha 16 de noviembre del 2009 emanada del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación representada por Fernando Armindo Lugo Méndez y la Junta	

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

de Calificaciones de Servicios de Oficiales” (Ac. y Sent. N° 152). .....	258
C.S.J. Sala Penal 12/05/2015. “Rosa Delicia González c/ Res. N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005 dictada por el Comandante de la Policía Nacional” (Ac. y Sent. N° 318). .....	263
C.S.J. Sala Penal. 03/07/2015. “Lidio Ramón Torales Ojeda c/ Decreto N° 4.372 del 30/06/99, dic. por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 495).....	271
C.S.J. Sala Penal. 25/08/2015. “Rigoberto Amarilla Benítez c/ Res. N° 307 del 14/06/2011 y Decreto N° 8.051 del 22/12/2011 Dic. por la Justicia Policial y el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 630). .....	285
C.S.J. Sala Penal. 07/03/2016 “Francisco J. Santa Cruz c/ Decreto N° 12.351 del 16 de junio de 2008. Dictada por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 136). .....	291
C.S.J. Sala Penal. 09/06/2016 “José Benito Salcedo Rojas c/ Resolución N° 1.845 del 21 de agosto de 2013 dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 731). .....	300
C.S.J. Sala Penal. 09/06/2016. “Arsenio Erico Contrera Miranda c/ Acta N° 3 del 29/10/09 Dict. por el Tribunal Ordinario de Calificaciones p/ Oficiales de la Policía Nacional” (Ac. y Sent. N° 735). .....	307
C.S.J. Sala Penal. 19/07/2016. “Rosa Agustín Oviedo González c/ Res. DPNC N° 1.423 del 3/07/13 Dictado por el Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 967).....	314
C.S.J. Sala Penal. 8/09/2016. “Carmelo Sosa Román c/ Res. DGJP N° 1.278 del 26/04/12 Dictado por la Dir. Jub. y Pens. del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 1.259).....	321
C.S.J. Sala Penal. 01/11/2016. “Juan Gonzalez c/ Res. N° 394 del 16/02/10 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 1.550).....	327

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Penal. 22/12/2016. “Héctor R. Delgado D. c/ Decreto N° 6.098, 3/02/11 del Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 1.907).....	337
C.S.J. Sala Penal. 29/05/2017. “Roberto Benítez Vega c/ Res. N° 1.741 del 07/08/2013 Roberto Benítez Vega c/ Resolución N° 1.741 del 07/08/2013 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 502).	347
C.S.J. Sala Penal. 14/06/2017. “Jorge Isaac Miranda Abdala c/ Res. N° 100 (Nota) de fecha 3/10/2013, Dictada por las Fuerzas Armadas de la Nación” (Ac. y Sent. N° 575).....	352

## TRIBUNAL DE CUENTAS

### Primera Sala

Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 04/05/2017. “Darío Roberto Un- ñez Molinas c/ Decreto N° 2.268 de fecha 22/04/2004, Dict. por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 32).....	363
Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 14/11/2017. “Elvio Galeano For- cad contra el Informe N° 9/16 de fecha 07 de abril de 2016, dictado por la Asesoría Jurídica del Centro Financiero N° 2 del Comando del Ejército” (A.I. N° 1.032). .....	377
Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 03/04/2018. “Gerónimo de La Cruz Benítez Ortega c/ Resolución N° 4.971 del 23 de febrero de 2016, dictada por el Poder Ejecutivo” (A.I. N° 170). .....	383



# *Doctrina*

---

## **DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL**

*Alberto Martínez Simón* \*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Semejanza: La definición de la culpa. 3. Semejanza: La definición del dolo. 3.1. Dolo directo. 3.2. Dolo indirecto o eventual. 3.3. La definición del dolo. 3.4. La prueba del dolo. 3.4.1. Prueba del dolo en el daño extracontractual. 3.4.1.1. Prueba del dolo en el daño extracontractual por hecho propio. 3.4.1.2. Prueba del dolo en el daño extracontractual por hecho ajeno. 3.4.2. Prueba del dolo en el daño contractual. 4. Semejanza: Discernimiento. 5. Semejanza: Factores de atribución. 5.1. Factores de atribución de responsabilidad en la responsabilidad contractual. 5.2. Factores de atribución de responsabilidad en la responsabilidad extracontractual. 6. Semejanza: El daño moral. 6.1. El daño moral contractual en el código civil paraguayo. 6.1.1. Partes del art. 451 del C.C. paraguayo. 6.1.2. Legitimación activa en el reclamo de indemnización por daños morales contractuales. 6.2. Daños morales en la responsabilidad extracontractual. 6.2.1. Legitimación activa en los reclamos de daños morales extracontractuales. 7. Diferencia: el origen de cada una de las responsabilidades civiles. 7.1. El origen de la responsabilidad contractual. 7.2. El origen de la responsabilidad extracontractual. 8. Diferencia: la prueba de la culpa. 8.1.

---

\* Magistrado del Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sexta Sala. Asunción. Docente Universitario.

Prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual. 8.1.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho propio. 8.1.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho ajeno. 8.1.3. Prueba en la responsabilidad civil objetiva. 8.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad contractual. 8.2.1. Prueba en los contratos que contienen obligaciones de resultado. 8.2.2. Prueba en las obligaciones de medio. 9. Diferencia: La prescripción liberatoria. 10. Diferencia: La extensión del resarcimiento. 10.1. Extensión del resarcimiento en la responsabilidad civil extracontractual. 10.2. Extensión del resarcimiento en la responsabilidad civil contractual. 11. Diferencia: acciones que pueden promoverse. 11.1. Hecho dañoso extracontractual. 11.2. Incumplimiento contractual. 11.2.1. Cumplimiento forzado del contrato. 11.2.2. Resolución del contrato. 11.2.2.1. La resolución por causa legal. 11.2.2.2. La resolución por circunstancia introducida por las partes. 11.2.2.2.1. Plazo resolutorio. 11.2.2.2.1.1. Efectos del plazo resolutorio. 11.2.2.2.2. Condición resolutoria. 11.2.2.2.2.1. Efectos de la condición resolutoria. 11.3. Indemnización de daños. 11.4. Acumulación de acciones. 11.4.1. Acumulación de la acción de indemnización a la de cumplimiento o resolución de contrato. 11.4.2. Acumulación de las demandas de cumplimiento y resolución de contrato. 12. Diferencia: El origen de las consecuencias indemnizatorias. 12.1. Origen de las consecuencias indemnizatorias extracontractuales. 12.1.1. El hecho culposo o doloso. 12.1.2. El hecho ajeno. 12.1.3. El hecho del dependiente o del autorizado. 12.1.4. El daño causado con cosa no riesgosa. 12.1.5. El daño causado con cosa viciosa o riesgosa. 12.2. Origen de las consecuencias indemnizatorias contractuales. 13. Diferencia: La constitución en mora. 13.1. Constitución en mora en la responsabilidad extracontractual. 13.2. Constitución en mora en la responsabilidad contractual. 14. Diferencia: Atenuación. 14.1. Atenuación en la responsabilidad contractual. 14.2. Atenuación en la responsabilidad extracontractual. 15. Diferencia: Solidaridad. 15.1. Solidaridad en la responsabilidad contractual. 15.2. Solidaridad en la responsabilidad extracontractual. 16. Diferencia: Legislación aplicable en los casos en que se aplica el derecho internacional privado. 16.1. Legislación aplicable en los casos de responsabilidad contractual. 16.2. Legislación aplicable en los casos de responsabilidad extracontractual.

## 1. Introducción

Se ha discutido en doctrina, durante mucho tiempo, si existen dos responsabilidades civiles distintas, una contractual y la otra extracontractual, o si existe una sola responsabilidad civil que abarque a ambas. Nuestro código civil trata el tema de los daños en dos partes, por lo tanto, regula la cuestión, en forma diferenciada, según sea el origen contractual o extracontractual del daño.

En este capítulo nos proponemos analizar tanto la postura que señala que existen dos responsabilidades civiles –corriente que se conoció como **dualismo**– como la postura que sostiene que existe una sola corriente, que se llamó **monismo** (1).

Haciendo una **brevísima alocución histórica** al respecto, debemos señalar que los sistemas legales han regulado a lo largo de la historia del Derecho ambos sistemas. Ya en **Roma**, se reguló en forma diferenciada las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual y de los ilícitos extracontractuales; los daños por los ilícitos extracontractuales eran regulados en la *lex Aquilia*, de allí la denominación utilizada hasta hoy día de *responsabilidad civil aquiliana*, y las consecuencias por los incumplimientos contractuales se regulaban en la Ley de las XII Tablas. El sistema **anglosajón** también reguló la responsabilidad civil de manera diferenciada, por una parte el *contractual law*, utilizado para resolver las causas de indemnización que surgían ante el incumplimiento de contratos, y por otro lado el llamado *tort law*, que regulaba las consecuencias dañosas de los hechos ilícitos. En el **derecho francés**, fue ésta también la concepción del *Code*, nombre con que se conoció al código civil francés de 1804, también llamado Código de Napoleón, por ser éste su ideólogo. Tanta fue la influencia del *Code* en el proceso codificador dado posteriormente, que los códigos

---

(1) Cabe decir que a finales del **siglo XIX** y hasta entrado el **siglo XX** existían dos corrientes doctrinarias antagónicas –especialmente en **Francia**– que discutían si existían dos responsabilidades civiles o había una sola. Por una parte, la corriente que sostenía que existía una sola responsabilidad civil, independientemente de su fuente contractual o extracontractual se denominaba **monismo**. Por la otra, la corriente contraria que sostenía que existían dos responsabilidades civiles diferentes, una contractual y otra extracontractual, cada una con sus propias características, se denominaba **dualismo**.

civiles de distintos países que nacieron bajo su sombra han adoptado una estructura normativa similar, y han regulado también los daños contractuales y extracontractuales en estatutos diferentes. Uno de dichos códigos fue el de **Vélez Sarfield** que rigió en nuestro país hasta el último día de 1986 y que tuvo, obviamente, una gran influencia en el actual Código Civil de nuestro país. **De Gásperi**, por ello, en su *Anteproyecto* también ha dejado traslucir muy claramente su concepción fuertemente dualista del derecho de daños, y estableció dos regímenes normativos separados, previendo aún dos conceptos de culpa diferentes (2); estructuró así, **De Gásperi** dos regulaciones normativas diferentes, una **contractual** y otra **extracontractual**.

Antes de abocarnos al tema, debemos hacer alguna precisión terminológica necesaria y previa: la denominación dada de **responsabilidad extracontractual**, y especialmente, la de **responsabilidad contractual**.

Al respecto, debemos decir que nuestro **código civil** se refiere a ambas de la siguiente forma: a) para referirse a la **responsabilidad contractual**, el código la denomina “**De las obligaciones en general**”, (3) y b) en

---

(2) Véanse al respecto los **arts. 843 y 2468** 1er párrafo del Anteproyecto.

**Art. 843. Anteproyecto de De Gásperi.** El deudor que por dolo o culpa propia no cumple exactamente la prestación debida, está obligado al resarcimiento de los daños e intereses que causare al acreedor, si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de caso fortuito o fuerza mayor anterior a su constitución en mora. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

**Art. 2468. Anteproyecto de De Gásperi.** La culpa extracontractual consiste en la opinión de los cuidados que en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable, y con los cuales se habría evitado el hecho dañoso. No la habrá si el hecho perjudicial no era previsible, o si previsto no podría evitarse. Habrá dolo delictivo si el acto ilícito fuere ejecutado por el agente a sabiendas y con intención exclusiva de dañar a la persona o el patrimonio de otro.

(3) Véase al respecto el capítulo I del título II del libro II, arts. 417 y sgtes. del C.C.



cuanto a la **responsabilidad extracontractual**, el código civil la llama **“De la responsabilidad civil”** (4).

Surgiría entonces, como primera pregunta, la siguiente: dado que el código civil menciona sólo al **ilícito extracontractual** como **responsabilidad civil**, el incumplimiento de un contrato –previsto en el art. 417 del C.C.– ¿no produciría también una obligación indemnizatoria? Obviamente, deberíamos responder **afirmativamente** a dicha pregunta, en razón que en el **capítulo “De las obligaciones en general”** se contempla una serie de normas que también regulan la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de dichos contratos (5), por lo tanto, de dicho incumplimiento –

---

(4) Véase el título VIII, libro III, arts. 1833 y sgtes. del C.C.

(5) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

**Art. 422 C.C.** El deudor responderá por el dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiera utilizado en el cumplimiento de la obligación. Podrá convenirse la dispensa de esta responsabilidad.

**Art. 423 C.C.** El deudor será responsable por los daños y perjuicios que su morosidad ocasionare al acreedor en el cumplimiento de la obligación.

**Art. 424 C.C.** En las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquél. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivados de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable. Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación.

**Art. 425 C.C.** Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

**Art. 426 C.C.** El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su

total, parcial o tardío— podría igualmente derivar **responsabilidad civil**; por ende, aún cuando el código civil llame “**De la responsabilidad civil**” solamente al título VIII del libro III que regula a los **ilícitos extracontractuales**, tenemos —evidentemente— casos de responsabilidad civil también como derivación de incumplimientos contractuales.

Por otra parte, deberíamos formular algunas objeciones formales a la misma **denominación** de **responsabilidad contractual**, en razón que el capítulo I del título II del libro II del C.C. —arts. 417 y sgtes.— regula algo más que la obligación indemnizatoria derivada de la falta de cumplimiento de un contrato, ya que las normas allí enlistadas se aplican a **todas las obligaciones** y a todo **resarcimiento** derivado del incumplimiento de aquellas, y no solo a los **incumplimientos contractuales**; para una mejor comprensión del punto, citemos el caso de quien constituye un **legado** en un **testamento**, en virtud del cual, una vez fallecido el testador, nace el derecho del **legatario** de acceder al legado, y consecuentemente la obligación de los herederos de cumplir con aquél. Por ende, si estos herederos no cumplieren el legado, el **legatario** tendría acciones derivadas de dicho incumplimiento; en este caso, debemos decir que no existe vínculo contractual entre los **herederos** y el **legatario**, por lo cual parecería que la responsabilidad sería extracontractual, sin embargo ello no es así, pues las consecuencias de dicho incumplimiento serán reguladas por las normas del capítulo I del título II del libro II del **código civil** —arts. 417 y sgtes.— ya que entre el acreedor —el legatario— y los deudores —los herederos del difunto— había una relación obligatoria puntual, en virtud de la cual los herederos

---

cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

**Art. 450 C.C.** Los daños comprenden el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir por el acreedor como consecuencia de la mora o del incumplimiento de la obligación. Su monto será fijado en dinero, a menos que la ley dispusiere otra forma.

**Art. 451 C.C.** Cuando la obligación no cumplida proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.

**Art. 452 C.C.** Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez.

debían dar algo a favor del legatario acreedor, y ante el incumplimiento de los obligados nace la posibilidad de reclamarles daños y perjuicios –además del cumplimiento del legado– y estos daños y perjuicios serán –propiamente denominados– **obligacionales** más que **contractuales**, pues como vimos, entre acreedor y deudores hay una relación obligatoria pero no había contrato, y dichos daños serán regulados por el capítulo I del título II del libro II del código civil (6); otro caso que podría dar pie a comprender el punto aquí sostenido, es el de las **obligaciones que derivan de la ley** como las obligaciones **alimentarias** (7), o las obligaciones derivadas de la **voluntad unilateral**, cuyos incumplimientos se reclaman igualmente por las normas establecidas en este capítulo (8).

Por ende, podríamos decir que en el capítulo I del título II del libro II del código civil –arts. 417 y sgtes.– regula las consecuencias del incumplimiento de **todas las obligaciones** que no sean **ilícitos extracontractuales**, y entre ellas las del **incumplimiento contractual**. Entonces, *¿por qué referirnos a este capítulo genéricamente como **responsabilidad contrac-***

(6) **Art. 2739 C.C.** Los herederos, o personas encargadas de cumplimiento de los legados, responden al legatario de los deterioros o pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente a la muerte del testador, sea por su culpa o por haberse constituido en mora de entregarla, a menos que en este último caso las pérdidas o los deterioros hubiesen igualmente sucedido, aunque la cosa legada hubiere sido entregada al legatario.

(7) **Art. 256 C.C.** La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.

**Art. 257 C.C.** El que solicite alimentos debe probar, salvo disposición contraria de la ley, que se halla en la imposibilidad de proporcionárselos.

(8) **Art. 1801 C.C.** La promesa de pago o el reconocimiento de una deuda exime a aquel a favor de quien se la otorgue de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario. Para que la promesa se convierta en causa de la obligación, debe consignársela por escrito.

**Art. 1802 C.C.** Aquél que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación, o lleve a cabo una determinada acción, queda vinculado por la promesa tan pronto como ésta se hace pública, aún a favor de quien procediere sin interés por la recompensa.

*tual* cuando en realidad se regulan también las consecuencias del incumplimiento de otras obligaciones? Para contestar esta pregunta debemos reconocer que la **tradición** y la **costumbre** tienen mucho peso en la génesis de esa denominación. Por ende, haciendo justicia al alcance de este capítulo deberíamos referirnos al mismo como **responsabilidad obligacional**, es decir, comprensivo de todas las obligaciones que no sean **ilícitos extracontractuales** y no solo por **incumplimiento contractual**. Por tanto, en puridad, en el sistema instalado por el código civil paraguayo, la distinción no debería hacerse entre **ilícito extracontractual e incumplimiento contractual**, sino entre **ilícito extracontractual y obligación incumplida**.

Nótese que el primer artículo del capítulo I del título II del libro II del código civil, el 417, menciona que *las obligaciones derivan de alguna de las fuentes establecidas en la ley*, con lo que queda en claro que las cuestiones reguladas en ese capítulo son las obligaciones derivadas de **cualquier fuente** –salvo los daños extracontractuales (9)– y no solo del **incumplimiento contractual**.

**Ahora bien**, reconozcamos también que por el peso de aquella tradición, por la fuerza de la costumbre y dado que la doctrina en general y los abogados en particular manejan aquella denominación de **responsabilidad contractual** cuando se refieren al capítulo I del título II del libro II del código civil –arts. 417 y sgtes.–, mantendremos esta denominación a lo largo de este trabajo, sin dejar de recordar que las normas de este capítulo I se refieren igualmente a las consecuencias, no solo de los contratos, sino de las demás fuentes de las obligaciones, salvo los ilícitos extracontractuales.

Este sistema tratado en nuestro código civil es similar al sistema que regía en el código civil argentino de Vélez Sarsfield –vigente hasta finales de julio de 2015 en la Argentina– y al respecto hay que recordar que una de las principales fuentes de nuestro código constituyó el **código civil de Vélez** que estuvo vigente en nuestro país hasta finales de 1986. Cabe decir también que Vélez Sarsfield toma esta sistemática del *Esboço* de Augusto

---

(9) Decimos esto a pesar que existen algunas normas de este capítulo I del título II del libro II del código civil que se aplican igualmente a la **responsabilidad extracontractual**, como, por ejemplo, el **art. 424 último párrafo del C.C.**, que regula la constitución en **mora** en dichos casos: “...*Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación*”.

José **Teixeira de Freitas** quien a su vez se inspira, en varios puntos, del derecho prusiano, específicamente del código civil de Prusia de 1794. Por ende, todos estos cuerpos normativos tienen una fuente común, que trataba a la **responsabilidad extracontractual** y a la **responsabilidad obligacional** –la que seguiremos denominando **responsabilidad contractual**– dentro de ámbitos normativos separados y diferentes.

Deberíamos también preguntarnos: ¿por qué se hace esta distinción entre responsabilidades extracontractuales y responsabilidades contractuales? y también: ¿son dos regímenes distintos –tal cual los trata el código civil paraguayo– o son un solo régimen, con diferencias contingentes y puntuales, tal cual los trata el código civil y comercial argentino?

Hechas estas aclaraciones previas y necesarias –especialmente la atinente a la **denominación** de la **responsabilidad contractual**–, pasemos a analizar las **diferencias** y las **semejanzas** entre ambas responsabilidades.

## 2. Semejanza: La definición de la culpa

Una diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, señalada como tal por la doctrina **dualista** del **siglo XIX**, era la definición de la **culpa** que era entendida en forma distinta, según sea aplicable en una responsabilidad o en la otra. Nuestro mismo *anteproyec-tista*, Luís **De Gásperi** previó en su trabajo una doble definición de **culpa**, una aplicable al incumplimiento de los contratos y otra diferente a los ilícitos extracontractuales.

Sin embargo, ese criterio fue abandonado y actualmente ya no se sostiene que existan dos culpas distintas, sino lo contrario, se afirma que existe **una sola** que es aplicable a ambas responsabilidades (10).

En ese sentido, debemos recordar la definición de **culpa** de **Vélez Sarsfield**, que con toda precisión dibujaba el concepto diciendo que era la *omisión de aquellas diligencias debidas* según la *naturaleza* de la obligación

---

(10) “La culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inexecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa”. **LLAMBIAS**, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Bs. As., Argentina. 1967, T. I, pág. 177.

y que correspondían a las circunstancias de las *personas*, del *tiempo* y del *lugar* (11). Esta definición de Vélez, magnífica por cierto, se trasladó de su código al de nuestro país, (12) se terminó aplicando expresamente a ambas responsabilidades de acuerdo a disposiciones específicas de nuestro ordenamiento, (13) y perdura hoy incluso en el **C.C. y C. argentino** vigente desde 2015 (14).

Así, quienes sostenían la existencia de una diferencia entre ambas culpas aducían que la **culpa contractual** admitía **grados**: el deudor respondía, según a lo que se haya obligado, por su **culpa grave, leve o levísima**. (15). Sin embargo, en la **culpa extracontractual** dicha graduación no aparecía.

---

(11) **Art. 512 C.C. argentino de Vélez**. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

(12) **Art. 421C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

(13) **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

(14) **Art. 1724 C.C. y C. argentino de 2015**. Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión....

(15) “59. Sin embargo, la generalidad de los autores franceses inmediatamente anteriores a la Codificación napoleónica, al igual que en la época posclásica del derecho romano, distinguían tres casos de culpa: la culpa dolosa (dolo) y la culpa lata (grave) que se asimilan. por un lado. y por otras dos categorías más de la culpa: la culpa leve y la culpa levísima POTHIER refiriéndose a las obligaciones de dar dice que cuando el objeto de la obligación es un cuerpo cierto. el deudor está obligado a prestar un cuidado conveniente para la conservación de la cosa hasta el momento del pago. El cuidado que debe aportar a la conservación es diferente según la diversa

Esta **graduación de la culpa** aparece incluso en algunos **códigos civiles**, como el **chileno** redactado por don **Andrés Bello** (16), que preveía dicha clasificación en forma expresa, pero –reiteramos– sólo para los casos de **responsabilidad contractual** (17). Nuestro código civil no contiene una clasificación expresa de estos *grados de culpa*, pero hace una referencia inequívoca a ellas en varios artículos (18).

---

naturaleza de los contratos. Así dice Pothier que cuando el contrato concierne a la sola utilidad de aquél a quien la cosa debe ser dada o restituida, el deudor no está obligado sino a poner buena fe en la conservación de la cosa y no responde sino de la culpa grave equivalente al dolo: tal el caso del depósito. Si el contrato concierne a la utilidad común de los contratantes el deudor está obligado a prestar a la conservación de la cosa el cuidado ordinario que las personas prudentes ponen en sus negocios y es responsable por lo tanto de la culpa leve. Por ejemplo, en la compraventa la obligación del vendedor de entregar la cosa. Por último, si el contrato no es hecho más que para la sola utilidad del deudor, tal el préstamo de uso, éste se halla obligado a poner en la conservación de la cosa no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible y es por lo tanto responsable de la culpa levísima.” **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edic. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., Argentina. Págs. 49/50.

(16) **Andrés de Jesús María y José Bello López**, nacido en Caracas, Venezuela, el 29 de noviembre de 1781 y fallecido en Santiago de Chile el 15 de octubre de 1865.

(17) **Art. 1547 C.C. de Chile**. El deudor no es responsable sino de la **culpa lata** en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

(18) Entre muchos otros, **art. 1609 C.C.** El asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro, dolosamente o por **culpa grave**. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

Por otra parte, tratándose de **responsabilidad extracontractual**, no existe esta graduación de culpas, y se mide de conformidad a lo que *habría hecho un buen padre de familia*, o la *persona razonable* como la llamó **De Gásperi** en su Anteproyecto, en una situación similar.

Cabe reiterar que esta distinción entre las **culpas contractual y extracontractual** estaba vigente en la doctrina del **siglo XIX**, específicamente en la **doctrina dualista**, ya que hoy día la cuestión está superada y se sostiene que la **culpa es una sola**, extremo que fuera demostrado por el **monismo**.

Así, el **código civil paraguayo** define expresamente la **culpa contractual** (19), y dicha **culpa contractual** es la *misma culpa* que se aplica a los **ilícitos extracontractuales**, ya que el mismo código contiene una norma expresa que hace aplicable la culpa contractual a la **responsabilidad extracontractual** (20).

### 3. Semejanza: La definición del dolo

En primer lugar, debemos señalar que durante la muy larga vigencia del código civil argentino de Vélez Sarsfield en nuestro país –exactamente 110 años, desde 1877 hasta 1987– se sostuvo que el concepto de **dolo contractual** era distinto al concepto de **dolo extracontractual**. Cabe adelantar también que dicha diferencia ha sido ya superada hoy día, por estudios doctrinarios y por una línea jurisprudencial.

En cuanto a la **responsabilidad extracontractual**, el **dolo** era definido en el **código civil de Vélez** –que rigió en nuestro país hasta fines de

---

(19) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

(20) **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la **culpa** o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.



1986– en el **art. 1072** que regulaba el **delito** (21), en el cual se exigía que el hecho ilícito fuera ejecutado “*a sabiendas con intención de dañar la persona o a los derechos de otro*”; de esta forma, el agente dañador debía actuar **sabiendo** lo que estaba haciendo y **queriéndolo**, produciendo de esta forma un acto volitivo completo y perfecto. Por tanto, el **dolo** que se esperaba, para ser tal, es el que denominamos **dolo directo**.

En consecuencia, para el **Código de Vélez** la **intención de dañar** era determinante para que existiera el **dolo** en los actos ilícitos **extracontractuales** –también llamado **dolo delictual**– y al tener que existir esa *directa intención de dañar*, el único dolo que podía existir era –reiteramos– el **dolo directo** con lo cual el llamado **dolo indirecto o eventual**, que trataremos más adelante, quedaba excluido.

Debemos decir también que el vocablo **dolo** es polisémico. Así, cuando mencionamos al **dolo** podría entenderse al vocablo en tres sentidos o significados: **a)** como uno de los vicios del acto jurídico que se encuentra regulado en el art. 290 del C.C.; **b)** como intención de causar un daño, y si se incluye al **dolo eventual**, con la desaprensión propia de causarlo; o **c)** como la decisión de incumplir un contrato adrede.

En el ámbito del **derecho de daños**, cabe señalar que el código civil paraguayo solo define el concepto de **culpa**, pero omite toda definición del concepto del **dolo** vinculado a la intención de causar daño extracontractual o al incumplimiento contractual, de igual manera que el **código de Vélez** tampoco definía en forma expresa al **dolo obligacional**, aunque obviamente sí lo regulaba (22).

(21) **Art. 1072 C.C. argentino de Vélez.** El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código “delito”.

(22) En realidad, a similitud de nuestro código, el **código civil argentino de Vélez Sarsfield** regulaba sobre las **tres clases de dolo diferentes**, antes citadas. En primer lugar, el dolo como uno de los vicios de la voluntad que podría afectar el acto jurídico (arts. 931 y sgtes., concepto que en este trabajo no nos interesa), el dolo obligacional (art. 519, 520 521, sgtes. y concordantes) y el dolo aplicable a los ilícitos extracontractuales (art. 1072).

Como **culpa** entendíamos la omisión por una persona de las diligencias necesarias y pertinentes, según la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias del tiempo, lugar y personas (23).

Si bien el código civil trata la **culpa** y el **dolo** en el mismo **artículo 421**, como ya se dijo, definió solo a la primera y omitió definir al segundo, por lo que en el ordenamiento nacional no se encuentra una definición de **dolo**, a ser aplicada tanto al incumplimiento contractual o al daño extracontractual.

Sí ha definido el código civil el **dolo como uno de los vicios de la voluntad** en los actos jurídicos, y lo ha vinculado al *engaño* y a los *artifícios* utilizados por una persona para turbar la decisión de otra persona en el marco de una declaración de voluntad, de modo tal a hacerle declarar algo que conociendo la realidad, no hubiera declarado (24). Esta acepción de la palabra **dolo**, en el marco de este trabajo, no nos interesa.

Por tanto, ante la **falta de definición legal del dolo** que sea aplicable al incumplimiento contractual y al ilícito extracontractual, se impone realizar el esfuerzo para tratar de definirlo y aplicarlo tanto a un ámbito como al otro, pues recordemos que la definición del **dolo** –al igual de lo que sucede con la definición de la **culpa**– habrá de ser la misma para ambos ámbitos, dada la disposición de nuestra ley al respecto (25).

Embarcados en esa labor de definir el **dolo** tanto en el incumplimiento de una obligación nacida de la voluntad –responsabilidad contractual– como en un ilícito extracontractual, y con ello, tratar de llenar el vacío

---

(23) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. **Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.** La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

(24) **Art. 290 C.C.** Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción falsa o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin. Las reglas se aplicarán igualmente a las omisiones dolosas.

(25) **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el **dolo** del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, **las normas de este código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.**

legal generado por la falta de pronunciamiento del código civil sobre dicha definición, se hace necesario que recurramos a los estudios de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el mismo punto, así como es conveniente ver el tratamiento que los modernos códigos civiles le dan al punto.

Como primera escala, remitámonos a lo dispuesto en el **código civil y comercial argentino** que entrara en vigencia en el año 2015, que vuelve a definir a la **culpa** en términos absolutamente similares –de idéntico contenido normativo– que nuestro código civil, y agrega la definición de **dolo** en el mismo artículo (26).

---

(26) **Art. 1724. C.C. y C. argentino.** Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. **El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.**

El C.C. y C. argentino, como se ve, trae una descripción del **dolo** que es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. El **art. 1724** dice, en su último párrafo: *“El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*, con lo cual, a partir de la entrada en vigencia de dicho Código, el **dolo** en la Argentina no es sólo el **dolo directo**, causado de manera intencional, sino que también se incluye a aquella conducta que se desarrolle con manifiesta indiferencia hacia el resultado de la misma, es decir, incluyó el **dolo indirecto o eventual**. En ambos casos habrá **dolo** y éste se aplica a ambas responsabilidades, por tanto, si el agente tuvo la intención directa de dañar con el incumplimiento o si simplemente se representó esa posibilidad y se desinteresó del efecto.

Como queda evidenciado con la transcripción del art. 1724, el concepto de **dolo eventual** se ha incorporado actualmente al del **dolo genérico**; sin embargo, ello no fue así en el pasado en la República Argentina, pues en el código civil de Vélez, el único dolo que se consideraba era el **directo**. Así lo tenía asentado la doctrina al respecto: *“788. La doctrina distingue el dolo directo del dolo eventual. En el primer caso la acción se dirige a causar el daño; en el segundo, la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el daño que puede causar. La noción del código civil (art. 1072) está referida sin duda al dolo directo, por lo que el dolo eventual puede configurar una situación de culpa por imprudencia”*. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Ed. Buenos Aires, Argentina. Pág. 337.

### 3.1. Dolo directo

Debemos empezar diciendo que debemos dividir el análisis del **dolo** según sea el **dolo directo** o el llamado **dolo indirecto o eventual**, concepto que entendemos debe incorporarse y pasar a formar parte del **dolo** genérico.

Así, el **dolo directo** se entenderá como la actuación de una persona que se realiza con la manifiesta *intención de causar un daño* deliberado a otro sujeto –*dolo directo delictual* aplicable a los **daños extracontractuales**– o la actuación del sujeto deudor que deliberadamente **incumplió** su obligación contractual –*dolo directo obligacional* aplicable al **incumplimiento contractual**–. En ambos casos, es decir tanto para el ilícito extracontractual como para el incumplimiento contractual, la **intención** del sujeto es determinante para la producción del **dolo**.

### 3.2. Dolo indirecto o eventual

Por otra parte, el **dolo indirecto o eventual** se entenderá como aquella actuación realizada con **manifiesta indiferencia por los intereses ajenos**, que –según entendemos– es aplicable tanto al **incumplimiento del contrato** como al **ilícito extracontractual** (27). Por tanto es

---

(27) El **dolo indirecto o eventual** no implica la intención del autor de causar a otro un daño de manera maliciosa y deliberada, pero el autor del daño desdén que pudiese ocasionar, teniéndolo como probable; por tanto, puede decirse que en el **dolo indirecto o eventual** el autor del daño decide –elemento volitivo– menospreciar la eventual producción del perjuicio.

En un caso judicial de **accidente de tránsito** protagonizado por un **ómnibus** en perjuicio de un **peatón** –evidentemente un caso de *responsabilidad extracontractual* tanto para el chofer como para la empresa de transporte en relación al peatón, con quien no tiene ningún contrato, pues no es su pasajero– se analizó la manera temeraria de conducir de parte del chofer del ómnibus. En ese caso judicial, el tribunal argentino que dictó el fallo entendió que el hecho de conducir el ómnibus con exceso de velocidad, no puede hacer presumir la existencia de un **dolo directo**, pues no es dable entender que el chofer tuviera intención de causar el daño; sin embargo, esa manera temeraria de conducir evidentemente aumenta las probabilidades de atropellar a cualquier persona que camine por la calle. Si ante esos hechos,

factible interpretar que cuando se produce un daño, sin que el sujeto que lo ocasiona tenga la intención directa de causarlo (28), pero consciente de que su forma de actuar en el caso concreto aumentará en forma exponencial la probabilidad que dicho daño ocurra; la efectiva ocurrencia del daño hace que se considere que éste se causó con **dolo indirecto o eventual**, concepto que debe incorporarse al de **dolo** (29) el que debe comprender, por ende, tanto al dolo **directo** como al **indirecto o eventual**.

---

a sabiendas y sin importarle tal circunstancia el chofer del ómnibus continúa conduciendo en forma imprudente y produce finalmente el arrollamiento de un peatón, esa conducta puede ser conceptualizada como **dolo indirecto o eventual**. Al respecto, la jurisprudencia extranjera, sobre el punto, señaló: "*Es el caso del conductor de ómnibus que se despreocupa de la circunstancia de que algún peatón se cruce en su camino, y si se imagina tal cruce, continúa igualmente conduciendo con exceso de velocidad.*" Jurisprudencia Argentina: T.S. Santa Cruz, L.L., 138-959,23.743-S.

788. La doctrina distingue el dolo directo del dolo eventual. En el primer caso la acción se dirige a causar el daño; en el segundo, la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el daño que puede causar. La noción del código civil (art. 1072) está referida sin duda al dolo directo, por lo que el dolo eventual puede configurar una situación de culpa por imprudencia. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edic. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires., Argentina. Pág. 337.

(28) Debemos señalar que la prueba del hecho *doloso* ha sido objeto de estudio y atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, ello en razón que es sumamente dificultoso conocer la **real intención** del sujeto en cuestión, pues ello implica penetrar en el fuero interno del agente; por tanto, bien vale considerar ciertas conductas externas que permitan presumir una actuación dolosa.

"785. La parte que alega el dolo puede emplear toda clase de medios probatorios y salvo la confesión del deudor no se podrá lograr una prueba directa de la existencia del dolo que no es sino un fenómeno de la conciencia." **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Ed. Buenos Aires, Argentina. Pág. 337.

(29) "457. Hay dolo indirecto o eventual cuando el sujeto no tiene la voluntad concreta de dañar, pero no descarta que se pueda producir daño y, a pesar de ello, continúa adelante. En este caso, si se hubiera representado la efectividad del daño, igualmente habría continuado su obrar, desentendido de aquél". **ALTERINI**, Atilio A. – **AMEAL**, Oscar José – **LÓPEZ CABANA**, Roberto M. "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales". Editorial Abeledo-Perrot. 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina. 1996. Pág. 195

Este punto del **dolo eventual o indirecto** cobra particular interés en ciertos **contratos**, en los cuales el *incumplimiento* del sujeto obligado puede darse por este tipo de dolo, y no precisamente por el **dolo directo**. Pensemos en el **contrato de transporte**, en el cual el chofer del ómnibus de pasajeros –representante a su vez de la empresa de transporte– que conoce de los riesgos elevados de causar daño dada su forma temeraria de conducir –por ejemplo, ese chofer no para la marcha para la subida o bajada de pasajeros, conduce a alta velocidad, realiza maniobras imprudentes, etc.– lo que eleva considerablemente la probabilidad de producir un daño a sus pasajeros, actuando con temeridad y desprecio por los daños que podría acarrear su accionar, es decir, actuando con **dolo indirecto o eventual** (30). En estos casos, la responsabilidad de la empresa de transporte –representada por el chofer– con sus pasajeros es claramente *contractual*, y la extensión del resarcimiento de aquella podrá llegar hasta las consecuencias llamadas **mediatas** (31) –concepto que incluye en principio el lucro cesante y la pérdida de chance–, **sólo** si existe **dolo o malicia** en el actuar de

---

(30) Este criterio fue recogido en el Ac. y Sent. No. 54 del 01 de agosto de 2017, dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”, en el cual, luego que el Tribunal calificara la responsabilidad de la empresa demandada como contractual, estableció que el obrar temerario del chofer configuraba **dolo indirecto o eventual**, y por ende la responsabilidad de la empresa demandada iba hasta las consecuencias mediatas –art. 425 C.C.– habiendo mediado dolo en la conducta de su dependiente –art. 422 C.C.–. En el caso, el chofer del ómnibus, que estaba parado alzando pasajeros, reanudó la marcha y realizó una maniobra brusca de adelantamiento a otro vehículo, mientras la actora estaba subiendo la escalera de ingreso al bus, detrás de otros pasajeros que estaban haciendo lo mismo, producto de lo cual la accionante cayó al pavimento siendo pisada por el mismo ómnibus de la empresa demandada, lo que derivó en la amputación de la pierna izquierda de la actora.

(31) “En tal sentido se establecen los daños por los cuales responderá el deudor de un incumplimiento contractual y abarca hasta las consecuencias **inmediatas**. Es decir, los perjuicios que surjan directamente del incumplimiento y sin que medie otro hecho distinto y se podría hablar de daños patrimoniales emergentes como los daños meramente físicos a raíz del accidente y los intereses. No obstante ello, no se debe pasar por alto que cuando la inejecución de un contrato se debe a un

su representado, por cuyos actos dolosos también responde (32), pues si no mediase el mentado **dolo**, los daños indemnizables podrían llegar sólo hasta las consecuencias inmediatas (33).

### 3.3. La definición del dolo

Dicho lo previo, podemos intentar **definir el dolo** aplicado al **derecho de daños** diciendo que es incumplimiento **intencional** de un contrato o una obligación impuesta a una persona por la ley o la notoria indiferencia

---

incumplimiento malicioso –la doctrina lo entiende como doloso–, el resarcimiento del deudor también comprometerá las consecuencias mediatas. Es decir, los daños que resultan de la conexidad del incumplimiento pero no directamente, estaríamos hablando así de los daños por pérdida de chance y del lucro cesante. En tal sentido se debe hacer la precisión que el chofer demandado –quien actuó con dolo eventual– compromete la responsabilidad de resarcir los daños de la empresa transportista demandada pues el primero actúa en representación y como brazo ejecutor de la empresa porteadora. En tal sentido, debemos reconocer la vigencia del principio de favor victimae o pro damnato que propone entender a las eximentes y limitantes de la responsabilidad civil en un sentido restrictivo pues el sujeto jurídicamente más desprotegido resulta ser la víctima o el acreedor del hecho dañoso, quien debe ser tutelado por el derecho(31). Así también, en virtud al principio jurídico alterum non laedere (deber de no dañar a nadie) se reconoce el derecho de la accionante de ser resarcida de manera integral y por consiguiente no se debe dejar indemnes daños injustos. Es por esta razón que puede inferirse que el chofer demandado responde por el actuar con dolo eventual comprometiéndose su responsabilidad subjetiva, y atendiendo a que se encuentra conduciendo un ómnibus por mandato de la empresa transportista, compromete la responsabilidad contractual de este último por inejecución dolosa del contrato de transporte de personas. Debiendo en consecuencia ambos demandados responder por los daños inmediatos y mediatos ocasionados a la accionante”. Ac. y Sent. No. 54 del 01 de agosto de 2017, dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

(32) **Art. 422 C.C.** El deudor responderá por el dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiera utilizado en el cumplimiento de la obligación. Podrá convenirse la dispensa de esta responsabilidad.

(33) **Art. 425 C.C.** Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

por los intereses ajenos en el marco de dichos cumplimientos, o la realización de un daño a otra persona en una relación extracontractual, también con **intención**, o la notoria indiferencia que otra persona sea perjudicada, en el marco de dicho ilícito extracontractual.

### 3.4. La prueba del dolo

En cuanto a la **prueba del dolo**, debemos abordar la cuestión desde dos ópticas distintas: tanto desde el punto de vista de la **responsabilidad contractual** como del de la **responsabilidad extracontractual**.

Al respecto, cabe decir que la **prueba del dolo** corresponde –en principio– a quien demanda la indemnización, salvo los casos en los que se traslada o desplaza dicha carga probatoria.

Analicemos la cuestión, nuevamente, desde la óptica de la **responsabilidad extracontractual** y de la **responsabilidad contractual**.

#### 3.4.1. Prueba del dolo en el daño extracontractual

Consideremos, en primer término, el **dolo** en la **responsabilidad extracontractual**.

Hemos visto que el **daño extracontractual** derivado de un **hecho humano** puede venir de un **hecho propio** o de un **hecho ajeno**.

##### 3.4.1.1. Prueba del dolo en el daño extracontractual por hecho propio

Si el **daño extracontractual** deviene de un **hecho propio** –así como sucedió con la **culpa**– el **dolo**, en principio, deberá ser probado por la víctima.

Cabe decir que si la víctima prueba la **culpa** pero no la **intención dolosa**, quien causó el daño será igualmente responsable del daño causado. Surge entonces la pregunta: *¿Cuál será la diferencia si el daño se produjo por **dolo** o **culpa**?*

La respuesta está en la **extensión del resarcimiento**, pues la ley establece que los actos causados con **dolo** podrían llevar la extensión del



resarcimiento hasta las **consecuencias casuales** (34), cuando el daño delictual se produjo *según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho*. Por otra parte, si el hecho dañoso sólo fuere **culposo**, la **extensión del resarcimiento** se extenderá únicamente hasta las **consecuencias inmediatas** y las **mediatas previsibles** (35).

---

(34) **Art. 1856 C.C.** El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las causales, **salvo que éstas deriven de un delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho**.

**Art. 901 C.C. argentino de Vélez.** Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

(35) Las **consecuencias inmediatas** son aquellas que surgen natural y directamente del hecho dañoso, sin que sea necesario que se le adicione ningún otro hecho para que se produzca. Supongamos que una persona golpea a otra con una barra de metal en la cabeza; serían **consecuencias inmediatas** los gastos de curación, los honorarios médicos, los gastos de internación, de estudios médicos, etc., que sean necesarias realizar dadas las heridas causadas a la víctima. Las **consecuencias mediatas** son las que para que se produzcan debe sumarse al hecho ilícito, otro hecho. En el ejemplo dado, sería **mediata** la consecuencia si, como efecto del golpe (hecho ilícito), la víctima cayera al piso y rodara unas escaleras y producto de esto último, se rompiera algunas costillas que no resultaron dañadas originariamente por el golpe en la cabeza. Vemos, en ese caso, que el hecho ilícito (el golpe dado que produjo la rotura de las costillas) necesitó de otro hecho –que se sumó al ilícito– para producir finalmente las consecuencias dañosas de las costillas rotas. Por ende, dicha consecuencia será **mediata**, ya que necesitó de la suma de otro hecho al primer hecho ilícito. Si dichas **consecuencias mediatas** son **previsibles**, es decir, si estaban dentro de lo que el causante del hecho ilícito, como persona razonable debía suponer como factible que ocurriera, entonces debe indemnizar aun cuando el hecho sea solo culposo, y con más razón –como en el ejemplo dado– si el hecho es doloso. Por el contrario, si la **consecuencia mediata** –resultante de la sumatoria del hecho ilícito y otro hecho– **no fuera previsible**, entonces sería de las que el C.C. llama **consecuencia casual**, y el autor del daño está obligado a indemnizar estas **consecuencias casuales** solo cuando el hecho ilícito era un delito, y el resultado estaba dentro

### 3.4.1.2. Prueba del dolo en el daño extracontractual por hecho ajeno

Si el **daño extracontractual** deviene de un **hecho ajeno**, el **dolo** del agente podrá darse en algunos supuestos previstos por la norma jurídica, aunque en otros no.

Para que exista **dolo**, se requiere que el agente que causó el daño tenga discernimiento (36). No teniendo discernimiento el agente, el acto no puede ser voluntario, y por ende no puede ser doloso (37), aunque ello no

---

de las miras del autor al producirlo. Cabe aclarar que este término **delito** debe ser interpretado tanto como delito civil tanto como delito penal, es decir, basta con que el acto dañoso sea doloso para que su autor esté obligado a resarcir aún las **consecuencias mediatas no previsibles o casuales**. En el caso que se diera como **ejemplo**, si la persona que recibiera el golpe es hospitalizada y estando en el hospital, como consecuencia de las lesiones sufridas, la misma es afectada por una infección intrahospitalaria, esa consecuencia sería claramente *mediata no previsible*, es decir, **casual** y debiera ser asumida por el causante del daño solo en los que se determinaron por la comisión de un **delito**.

Sobre la definición de **consecuencias inmediatas** Gherzi menciona: “Conceptuarlas no ofrece mayor dificultad, pues son aquellas que acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de los acontecimientos (p. ej., la herida o muerte producida por un disparo de arma de fuego)”. **GHERSI**, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación del daño. Editorial Astrea. 3ª Ed. actualizada y ampliada. 2003. Buenos Aires, Argentina. Pág. 150.

(36) “En otras palabras, el autor del hecho dañoso debe ser imputable; debe ser capaz y tener discernimiento, intención y libertad en su actuación; en suma debe ser considerado voluntario (ver arts. 277 y ss. del Código Civil). De lo contrario, no se le podrían asignar las consecuencias de un hecho en un sistema dentro del cual la responsabilidad del agente es clave”. **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY**. Comentario al art. 1837 del C.C. Autor del comentario: Roberto Moreno Rodríguez Alcalá. Editorial La Ley Paraguaya S.A. Tomo VI – B. Año 2009. Pág. 1050.

(37) **Art. 277 C.C.** Los **actos voluntarios** previstos en este código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno.

significa que dicho acto dañoso, causado por quien carece de discernimiento, no tenga consecuencias jurídicas, pues el daño causado comprometerá a quien responde por quien carece de discernimiento, sea el padre, la madre, el tutor, el curador, el director del colegio o el maestro (38), o incluso a la misma persona que carece de discernimiento, cuando quien la tiene a su guarda, no ha respondido del daño causado (39).

---

**Art. 1834 C.C.** Los **actos voluntarios** sólo tendrán el carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido; b) si hubieren causado un daño, o produjeran un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple contravención.

(38) **Art. 1843 C.C.** Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos. Los tutores y curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están a su cargo y habitan con ellos. Los directores de colegios y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella.

El **código civil del Perú**, tiene una disposición similar y más explícitamente redactada: **Art. 1976 C.C. del Perú. Responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento.** No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

(39) **Art. 1850 C.C.** En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si el perjudicado no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

**Art. 1977 C.C. del Perú. Indemnización equitativa.** Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Cabe decir que para nuestro código civil existe una misma edad para presumir que el sujeto tiene **discernimiento** tanto para los actos voluntarios como para los ilícitos extracontractuales: 14 años (40). Por ende, si el sujeto que causó el **daño extracontractual** aún no cumplió 14 años, el mismo –al no tener **discernimiento**– carece de voluntad y por ende, no puede hablarse ni de acto voluntario ni de dolo (41).

Así, según nuestro código civil, habrá responsabilidad por hecho ajeno por el hecho del dependiente (42), por el hecho de los hijos menores, de los incapaces, de los alumnos o aprendices (43), y por el hecho del funcionario o empleado público (44).

---

(40) **Art. 278 C.C.** Los actos se juzgarán ejecutados sin discernimiento: a) cuando sus agentes no hubiesen cumplido catorce años;...

**Art. 1837 C.C.** No incurrir en responsabilidad por actos ilícitos: ...c) los menores de catorce años.

**Art. 1844 C.C.** El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos, siempre que haya obrado con discernimiento.

**Art. 1975 C.C. del Perú. Responsabilidad de incapaces con discernimiento.** La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

(41) “De esta manera, la imputación de un hecho a un sujeto, implica (normalmente) los siguientes pasos reconstructivos por parte del juzgador: ... (iii) en tercer lugar, que ese sujeto tenga discernimiento al tiempo de ejecutar el acto (imputabilidad); y...” **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.** Comentario al art. 1837 del C.C. Autor del comentario: Roberto Moreno Rodríguez Alcalá. Editorial La Ley Paraguaya S.A. Tomo VI – B. Año 2009. Pág. 1050.

(42) **Art. 1842 C.C.** El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.

(43) **Art. 1843 C.C.**

(44) **Art. 1845 C.C.** Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y copartícipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos.

De estos casos, podrán realizar actos dolosos los **dependientes**, los **estudiantes y aprendices** si tuvieran discernimiento, y los **funcionarios y empleados públicos**. Por ende, en estos casos, correspondería la prueba del **dolo**, la que estaría, en principio y salvo traslación de la carga a otra parte, a la víctima que reclame la indemnización.

Por otra parte, los **incapaces** y los **menores (de 14 años)** no podrían obrar **dolosamente**, por carecer de discernimiento, por lo tanto, no puede alegarse siquiera que actuaron con **intención dañosa**, y menos probar ese extremo. Esto, reiteramos, no significa que el daño causado por quien se encuentra privado de discernimiento no será resarcible, ya que el mismo deberá ser resarcido por sus representantes indicados en la ley (art. 1843 C.C.).

### 3.4.2. Prueba del dolo en el daño contractual

Desde el punto de vista práctico, es difícil –y muchas veces imposible– saber si el deudor incumplió por **dolo** o por **culpa**, es decir, si tuvo la intención de dejar de pagar porque no quiso hacerlo o porque no previó el cumplimiento, es decir, porque no pudo materialmente hacerlo.

En referencia a la carga de la **prueba del dolo**, ella pesa –en principio– sobre la víctima que reclama la indemnización (45).

---

**Art. 106 Constitución de la República del Paraguay. De la responsabilidad del funcionario y del empleado público.** Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto.

(45) “86. PRUEBA DEL DOLO. El dolo no se presume y debe ser probado por quien lo invoca. Pero esta regla sólo tiene interés en el supuesto de que se admita la teoría según la cual la responsabilidad por el incumplimiento doloso es más amplia que la que corresponde al culpable. Por nuestra parte, pensamos que tal diferencia no existe (véase nº 143) y, por tanto, sostenemos que el acreedor no tendrá nunca interés en probar el dolo del deudor. A él le basta probar el incumplimiento para demandar los daños. En cambio, sí es indudable su interés por probar el dolo malicioso (véase nº 81), ya que como veremos más adelante (nº 143), en este supuesto la responsabilidad del incumplidor es más extensa”. **BORDA**, Guillermo. Tratado de

En cuanto al **dolo** en el incumplimiento contractual, debemos decir que en ciertos casos –como en el de las obligaciones de **resultado**– la falta del debido cumplimiento hace que se presuma la **culpa** del sujeto deudor, pero ello no conlleva la presunción de **dolo** por parte del sujeto obligado, extremo que debe ser probado por quien reclama la indemnización.

Demostrado que el deudor incumplió **dolosamente**, sea que la obligación del deudor sea de **medios** o de **resultado**, la consecuencia será que se ampliará la **extensión** del resarcimiento a favor de la víctima.

La cuestión está así resuelta en el **art. 425 del C.C.** (46), que establece que si el incumplimiento de la obligación fuese **malicioso** –entendido este término como **doloso** por la mayoría de la doctrina– el deudor deberá las consecuencias **inmediatas** y también las **mediatas**.

Si bien ya se anticipó que **malicioso** equivale a **doloso** según el criterio dominante en la doctrina, cabe hacer una brevísima explicación de cómo se llegó a dicha conclusión. Al respecto, hubo discusión entre los doctrinarios sobre el alcance del término **malicioso**, pero una gran mayoría lo interpretó simplemente como *doloso*, salvo Guillermo A. **Borda**, para quien el término **malicioso** es un dolo calificado y especial, distinto al dolo ordinario (47). Sin embargo, reiteramos que la opinión doctrinaria mayoritaria

---

Derecho Civil. Obligaciones I. 5ª Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1983. Págs. 95/96.

(46) **Art. 425 C.C.** Si la inejecución de la obligación fuese **maliciosa**, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

(47) “Según la opinión predominante, la palabra maliciosa usada en el texto legal, equivale a dolosa. De tal manera que todo aquel que deliberadamente ha incurrido en incumplimiento, es responsable también de las consecuencias mediatas. No estamos de acuerdo con esta opinión. La sustitución en el texto legal de la palabra dolosa (incluida en la redacción a la ley 17.711) por maliciosa ha sido deliberada. Malicia equivale a dolo calificado por alguna de estas dos circunstancias: **a) la intención de causar un daño; b) indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento** más allá de la órbita propia del contrato, es decir, en sus otros bienes”. **BORDA**, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I. 5ª Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1983. Pág. 157.

ha establecido que el término *malicioso* es equiparable a *doloso* y como tal debe entenderse (48).

Por ende, si el incumplimiento **no fuese malicioso** —o no fuese **doloso**—, es decir si fuese sólo **culposo**, el deudor solo deberá las consecuencias **inmediatas**. Esta limitante es importante, pues se entiende que el **dolo** debe ser demostrado por quien invoca el perjuicio (49), y probado éste, recién entonces podría extenderse el alcance de la indemnización hasta las consecuencias dañosas *mediatas*, entre las que citamos al lucro cesante y a la pérdida de chance; de no demostrarse el **dolo**, habría que asumir que el incumplimiento fue solo **culposo**, lo que llevaría a la indemnización únicamente hasta las consecuencias **inmediatas**.

---

(48) “Según otra interpretación, a la que adherimos, por inejecución maliciosa de la obligación ha de entenderse la que es practicada ex profeso, o de propósito no cumpliendo lo que el deudor debía y podía cumplir.” BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edición. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1997. Pág. 286.

“640. Coincidimos con BORDA en que la inejecución dolosa es aquella en que el deudor no cumple intencionalmente, sin adelantar por ello un propósito de perjudicar; pero pensamos, por el contrario, que este concepto no se diferencia de la inejecución maliciosa, y que, por lo tanto, cuando el deudor incurre en dolo, su responsabilidad es alcanzada por lo preceptuado en el art. 521: ‘...los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas...’” BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. cit. Pág. 286.

(49) “784.4) PRUEBA. La prueba del dolo le corresponde al acreedor, quien puede tener interés en demostrarlo en vista de la obtención de un mayor resarcimiento o para reclamar una reparación integral a despecho de la cláusula penal pactada en el contrato.

785. La parte que alega el dolo puede emplear toda clase de medios probatorios y salvo la confesión del deudor no se podrá lograr una prueba directa de la existencia del dolo. que no es sino un fenómeno de la conciencia. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edic. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires., Argentina. Págs. 336/7.

#### 4. Semejanza: Discernimiento

En cuanto a la **edad** para el **discernimiento** en relación a la responsabilidad civil la misma es fijada por la ley, para ambos casos –responsabilidad civil contractual y extracontractual– **en 14 años**.

A este respecto, debemos señalar que, a pesar de existir una gran gama de *edades legales* para distintos fines, la ley fija una sola –14 años– para adquirir **discernimiento**, tanto para los actos voluntarios (50) como para la responsabilidad extracontractual (51).

En cuanto a la responsabilidad contractual:

Nuestra ley establece que toda persona física que haya cumplido 18 años y que no haya sido declarada inhábil por juez competente, se considerará capaz (52). Por ende, la capacidad se alcanza cuando son cumplidas ambas condiciones.

Sin embargo, nuestro mismo código indica que se adquiere **discernimiento** al momento de cumplir 14 años. Esto permite que quienes tengan esa edad puedan realizar ciertos actos jurídicos, puesto que desde los 14 años de edad, el código civil considera que una persona tiene **discernimiento** para la realización de actos lícitos (53).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual:

Por otra parte, la **plena capacidad** se adquiere al cumplir 18 años, aunque existan restricciones puntuales, como la prohibición de consumir

---

(50) **Art. 278 C.C.** Los actos se juzgarán ejecutados sin discernimiento: a) cuando sus agentes no hubiesen cumplido catorce años;

(51) **Art. 1837 C.C.** No incurrir en responsabilidad por actos ilícitos: ...y b) los menores de catorce años.

(52) **Art. 36 C.C.** La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido diez y ocho años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente

(53) **Art. 277 C.C.** Los actos voluntarios previstos en este Código son los que ejecutados con **discernimiento**, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno.

**Art. 278 C.C.** Los actos se juzgarán ejecutados **sin discernimiento**: a) cuando sus agentes no hubiesen cumplido catorce años;...



bebidas alcohólicas hasta cumplir los 20 años de edad; pero la responsabilidad civil extracontractual, según el art. 1837, se adquiere al cumplirse los 14 años. Una interpretación *a contrario* nos lleva a esta conclusión, en razón de que si el inc. b) del art. 1837 establece que “*No incurrén en responsabilidad civil: .... b) los menores de 14 años*”, en el caso de que el menor ya haya cumplido 14 años al tiempo de producir el daño, sí incurriría en responsabilidad civil, lo que llevaría a la posibilidad de afectar su propio peculio. Sin embargo, al respecto, cabría preguntarse cómo compatibilizar el inc. b) del art. 1837 del C.C., y el art. 1843 del mismo código, ya que éste último establece la responsabilidad de los **padres** por los daños causados por sus hijos menores cuando éstos habiten con aquellos (54), en atención a que este último artículo no hace distinción entre los *hijos menores*, pudiendo aplicarse el mismo a los actos dañosos causados por todos ellos, incluso por aquellos que ya hayan cumplido del 14 años, pero que aún sean menores de edad, es decir, menores de 18 años.

Para responder a este punto, habría que asumir cuanto sigue: los menores de 14 años no tienen discernimiento (55). El código civil, además de establecer que no tienen discernimiento, establece que esas personas que aún no han cumplido 14 años no incurrén en responsabilidad civil por sus actos ilícitos; por ende, habría que asumir que en estos casos, la responsabilidad del padre por los actos dañosos de sus hijos menores de 14 años es *indirecta* aunque personal y no meramente *refleja*, con lo cual los padres no tienen posibilidad de repetir lo que han pagado.

Sin embargo, cuando los hijos menores cumplen 14 años de edad y hasta los 18, los padres igualmente son responsables, también *indirectamente* pero *en forma refleja*, por ende, deberán pagar directamente a los afectados, pero podrán repetir lo pagado contra el patrimonio de sus hijos menores (56).

---

(54) **Art. 1843, 1ª parte. C.C.** Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos...

(55) Art. 278 C.C. inc. a) ...

(56) “Decimos que esta responsabilidad es indirecta, aunque supone una culpa del padre. El hecho que causa daño al tercero no es ejecutado por él sino por el hijo; de allí que la responsabilidad del padre sea indirecta, pues aquella conducta es ajena al mismo. 868. Esta responsabilidad indirecta es unas veces personal y otras subsidiarias o refleja. Es personal de los padres cuando el hijo que causa el

## 5. Semejanza: Factores de atribución

Tradicionalmente, los factores de atribución de responsabilidad civil se han dividido en dos grandes grupos: los **factores subjetivos** y los **factores objetivos**.

En los **factores subjetivos** se establece quién debe pagar los daños de acuerdo a un concepto fundamental: la **culpa**, y a otro concepto derivado de ella, el **dolo**. Con los conceptos de **culpa** y **dolo** se hace un análisis de la conducta del sujeto en cuestión y se realiza un verdadero estudio valorativo de la manera en que el mismo se desempeñó en referencia al hecho dañoso; de esta forma, se busca establecer si el mismo actuó con *negligencia, imprudencia o impericia*, o si cometió el daño adrede, es decir, con *intención*.

Con los **factores objetivos** de atribución de responsabilidad civil, la ley realiza una imputación jurídica de responsabilidad, mediante la cual la misma norma señala *quién* habrá de responder por el daño causado, dadas ciertas condiciones que la misma norma jurídica se encarga de describir previamente. Con estos **factores objetivos** de atribución de responsabilidad civil se prescinde –en principio y para la determinación de la obligación indemnizatoria– del análisis de la conducta del sujeto en cuestión, ya que será suficiente que se indague sobre la ocurrencia de la circunstancia descripta en la norma jurídica y que se constate que el sujeto cuya responsabilidad se pretende declarar se encuentra dentro de lo que la misma prescripción normativa señala como *responsable*. Ahora bien, cabe adelantar que la misma norma jurídica otorgará al *responsable* la posibilidad de producir la prueba de la **eximente** en cuestión, pero dejando a su cargo dicha prueba para liberarse, ya que de no producirla, deberá responder por el daño ocasionado.

---

daño es menor de 10 años de edad, en este caso no siendo responsable el autor del hecho por carecer de discernimiento (arts. 907, 921 y 1076, Cód. Civ.); los padres son responsables por su culpa, y no tienen acción recursoria contra el hijo por el monto de la indemnización pagada a la víctima (arg. Art. 273, Cód. Civ.). En cambio, la responsabilidad indirecta de los padres es subsidiaria o refleja si el hijo que comete el acto ilícito es mayor de 10 años y responde por su propio hecho. En este caso los padres tendrían acción regresiva contra el patrimonio del hijo (arg. Art. 1123, Cód. Civ.).” **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Op. cit., págs. 362/363.

Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual se presentan **factores de atribución subjetivos como objetivos**, por lo que consideramos a este punto como una **semejanza** entre ambas.

### **5.1. Factores de atribución de responsabilidad en la responsabilidad contractual**

Los **incumplimientos contractuales** pueden darse en relación con las llamadas **obligaciones de medios** (57), o con las llamadas **obligaciones de resultado** (58). Según el contrato corresponda a uno u otro grupo, será distinto el factor de atribución de responsabilidad.

---

(57) Las **obligaciones de medios** son aquellas en las que el deudor está constreñido a cumplir una acción o actividad dentro de determinados parámetros de diligencia, prescindiendo de la obtención de un resultado; por ende, el objeto de estas obligaciones *es la conducta misma* del deudor, quedando fuera de la prestación la obtención del efecto concreto.

“En cambio en la obligación de medio, el deudor sólo se obliga a la realización de una actividad que normalmente conduce al resultado apetecido por el acreedor, si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto. Tal sería la obligación del médico o del abogado que se obligan a prestar su asistencia profesional, pero sin garantizar el resultado, cosa que excede sus posibilidades y violaría la ética profesional asegurar”. LLAMBIAS Jorge. RAFFO BENEGAS, Patricio. SAS-SOT, Rafael. Manual de Derecho Civil – Obligaciones. 11<sup>a</sup> Ed. Editorial Perrot, Bs. As., Argentina, 1997. P. 70.

**Obligación de medios** es, por **ejemplo**, la de los profesionales liberales en general, como la obligación del médico, que asume la obligación de diagnosticar y tratar al paciente con quien contrata, pero que no extiende la obligación del profesional hasta el punto de sanar totalmente al paciente de su enfermedad.

Los **principios de Unidroit** –versión 2010– a los que haremos referencia más adelante, tratan el tema de las obligaciones de **medios** y de **resultado** y al respecto, comentando el **art. 5.1.4** proponen un ejemplo que parece esclarecedor sobre lo que debe entenderse como obligación de medios. Al respecto plantea el caso, como ejemplo, de un distribuidor que contrata con el proveedor de ciertos productos que aquel empleará los medios necesarios para promover las ventas de un producto dentro de una determinada zona geográfica, sin que se haya comprometido a vender una cantidad mínima de productos. En estos términos del ejemplo de **Unidroit**, es claro que el deudor se comprometió a observar una debida diligencia –obligación de medios o de *emplear los mejores esfuerzos*, como la llama **Unidroit**- sin que aquel se

Factores subjetivos:

Cuando el objeto del contrato consista en una **obligación de medios**, el incumplimiento del mismo responderá a una *conducta* del deudor que no cumple la prestación debida. Por ende, se hace evidente y entendible que en los casos de **obligaciones de medios**, los factores de atribución de responsabilidad sean eminentemente **subjetivos** (59).

En los casos de incumplimiento de una **obligación de medios**, el incumplimiento contractual se dará por la **culpa** o el **dolo** del sujeto deudor.

---

haya obligado a conseguir un efecto específico, y por ende, el distribuidor de productos deberá tomar todas las medidas que una *persona razonable* puesta en *similares circunstancias* habría tomado, considerando las circunstancias del caso. Por lo tanto, en este caso, el deudor no deberá indemnización si se acredita que actuó con la diligencia necesaria que de él se esperaba en el caso concreto.

(58) Las **obligaciones de resultado** son aquellas en las que el deudor está constreñido a obtener cierto efecto material específico, sin tomar en cuenta –como prestación– la actividad diligente desplegada por el deudor para aquello.

“El tipo corriente de la obligación es el de la obligación de resultado, que consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo o efecto determinado: es el resultado que espera obtener el acreedor, como la entrega de la cosa vendida al comprador o el pago del alquiler por parte del inquilino”. LLAMBIAS Jorge. RAFFO BENEGAS, Patricio. SASSOT, Rafael. Manual de Derecho Civil – Obligaciones. 11ª Ed. Editorial Perrot, Bs. As., Argentina, 1997. Pág. 70.

(59) **Art. 1724 C.C. y C. argentino del año 2015**. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La **culpa** consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El **dolo** se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

“Cuando el acto es jurídicamente reputado voluntario, la conducta del sujeto puede traducir su culpabilidad. Esta deriva de la omisión de cierta actitud que el derecho impone a la conducta social; importa la abstención de cierta conducta debida. Ahora bien: el acto voluntario puede limitarse a esa omisión o puede ir más allá, trazando así las diferencias entre la culpa y el dolo, especies o grados de la culpabilidad genérica”. ALTERINI, Atilio Aníbal, Responsabilidad Civil. 3ª Ed. Reimpresión. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 85.

Habrá **culpa** cuando el deudor no tomó las previsiones necesarias para formular el pago correspondiente y no cuenta con lo necesario para cumplir la prestación debida (60).

Habrá **dolo** cuando el deudor sabiendo que incumple –aunque pudiese honrar la deuda– decide no pagar, causando con ello un perjuicio en el acreedor. Habrá *dolo* también, cuando se produzca el llamado **dolo eventual o indirecto** (61), entendido éste como aquella actuación realizada con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (62). Con esta última afir-

(60) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá **culpa** cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

(61) **Art. 1724. C.C. y C. argentino.** Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo... El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

El **C.C. y C. argentino**, como se ve, trae una descripción del **dolo** que es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. El **art. 1724** dice, en su último párrafo: “*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”, con lo cual, a partir de la entrada en vigencia de dicho código, el **dolo** en la Argentina no es sólo el **dolo directo**, causado de manera intencional, sino que también se incluye a aquella conducta que se desarrolle con **manifiesta indiferencia** hacia el resultado de la misma, es decir, incluyó el **dolo indirecto o eventual**. En ambos casos habrá **dolo** y éste se aplica a ambas responsabilidades, por tanto, si el agente tuvo la intención directa de dañar con el incumplimiento o si simplemente se representó esa posibilidad y se desinteresó del efecto.

(62) Este punto del **dolo eventual o indirecto** cobra particular interés en ciertos **contratos**, en los cuales el *incumplimiento* del sujeto obligado puede darse por este tipo de **dolo**, y no precisamente por el **dolo directo**. Pongamos por caso el **contrato de transporte**, en el cual el chofer del ómnibus de pasajero –representante a su vez de la empresa de transporte– que conoce de los riesgos elevados de causar daño dada su forma temeraria de conducir –por ejemplo, ese chofer no para la marcha para la subida o bajada de pasajeros, conduce a alta velocidad, realiza maniobras imprudentes o a gran velocidad en lugares estrechos de las calles, etc.– lo que eleva considerablemente la probabilidad de producir un daño a sus pasajeros,

---

actuando con temeridad y desprecio por los daños que podría acarrear su accionar, es decir, actuando con **dolo indirecto o eventual**.

Este criterio fue recogido en el Ac. y Sent. No. 54 del 01 de agosto de 2017, dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”, en el cual, luego que el Tribunal calificara la responsabilidad de la empresa demandada como contractual, estableció que el obrar temerario del chofer configuraba **dolo indirecto o eventual**, y por ende la responsabilidad de la empresa demandada iba hasta las consecuencias mediatas –art. 425 C.C.– habiendo mediado dolo en la conducta de su dependiente –art. 422 C.C.–. En el caso, el chofer del ómnibus, que estaba parado alzando pasajeros, reanudó la marcha y realizó una maniobra brusca de adelantamiento a otro vehículo, mientras la actora estaba subiendo la escalera de ingreso al bus, detrás de otros pasajeros que estaban haciendo lo mismo, producto de lo cual la accionante cayó al pavimento, siendo pisada por el mismo ómnibus de la empresa demandada, lo que derivó en la amputación de la pierna izquierda de la actora.

“En tal sentido se establecen los daños por los cuales responderá el deudor de un incumplimiento contractual y abarca hasta las consecuencias **inmediatas**. Es decir, los perjuicios que surjan directamente del incumplimiento y sin que medie otro hecho distinto y se podría hablar de daños patrimoniales emergentes como los daños meramente físicos a raíz del accidente y los intereses. No obstante ello, no se debe pasar por alto que cuando la inejecución de un contrato se debe a un incumplimiento malicioso –la doctrina lo entiende como doloso–, el resarcimiento del deudor también comprometerá las consecuencias mediatas. Es decir, los daños que resultan de la conexidad del incumplimiento, pero no directamente, estaríamos hablando así de los daños por pérdida de chance y del lucro cesante. En tal sentido se debe hacer la precisión que el chofer demandado –quien actuó con dolo eventual– compromete la responsabilidad de resarcir los daños de la empresa transportista demandada pues el primero actúa en representación y como brazo ejecutor de la empresa porteadora. En tal sentido, debemos reconocer la vigencia del principio de favor victimae o pro damnato que propone entender a las eximentes y limitantes de la responsabilidad civil en un sentido restrictivo pues el sujeto jurídicamente más desprotegido resulta ser la víctima o el acreedor del hecho dañoso, quien debe ser tutelado por el derecho. Así también, en virtud al principio jurídico alterum non laedere (deber de no dañar a nadie) se reconoce el derecho de la accionante de ser resarcida de manera integral y por consiguiente no se debe dejar indemnes daños injustos. Es por esta razón que puede inferirse que el chofer demandado responde por el actuar con dolo eventual comprometiendo su responsabilidad subjetiva, y atendiendo a que se

mación, si extendemos la definición del dolo hasta el dolo indirecto o eventual, terminaremos dando razón a **Borda** cuando afirmaba que el término **malicioso** utilizado por el art. 425 de nuestro C.C. –equivalente al 521 del C.C. argentino de Vélez– debería interpretarse tal como dicho autor sugirió (63): malicia equivale a dolo, entendido este último como un **dolo calificado**, que puede darse por una de dos circunstancias: **intención** de causar daño o **indiferencia** ante las consecuencias dañosas producidas al acreedor.

Desde el punto de vista práctico, es difícil –y muchas veces hasta imposible– saber si el deudor incumplió por *dolo* o por *culpa*, es decir, si dejó de pagar porque no quiso hacerlo o porque no pudo materialmente hacerlo.

Factores objetivos:

En el ámbito de las **obligaciones contractuales** existen también las llamadas **obligaciones de resultado**, en las cuales el factor de atribución será **objetivo**. Las obligaciones de **dar** y de **no hacer** son, en principio, **obligaciones de resultado**.

En dichas **obligaciones de resultado**, el deudor sólo se desobliga demostrando el caso fortuito o la fuerza mayor que hayan impedido el cumplimiento de la obligación, siendo inviable que pretendan exonerarse demostrando que han actuado con *diligencia*. Por tanto, excluyéndose el análisis

---

encuentra conduciendo un ómnibus por mandato de la empresa transportista, compromete la responsabilidad contractual de este último por inejecución dolosa del contrato de transporte de personas. Debiendo en consecuencia ambos demandados responder por los daños inmediatos y mediatos ocasionados a la accionante”. Ac. y Sent. No. 54 del 01 de agosto de 2017, dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

(63) “La sustitución en el texto legal de la palabra dolosa (incluida en la redacción a la ley 17.711) por maliciosa ha sido deliberada. Malicia equivale a dolo calificado por alguna de estas dos circunstancias: **a) la intención de causar un daño; b) indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor** del incumplimiento más allá de la órbita propia del contrato, es decir, en sus otros bienes”. **BORDA**, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I. Op. cit., Pág. 157.

de la **conducta** del sujeto obligado –culpa o dolo– de estas **obligaciones de resultado**, el factor de atribución de responsabilidad será **objetivo** (64).

## 5.2. Factores de atribución de responsabilidad en la responsabilidad extracontractual

En la **responsabilidad civil extracontractual**, los factores de atribución de responsabilidad abarcan tanto a los **subjetivos** (dolo y culpa), como a los **objetivos** (riesgo creado, garantía, abuso del derecho, equidad y exceso a la normal tolerancia que se deben los vecinos, entre otros).

Esto es entendible, en razón de que los eventos dañosos extracontractuales pueden provenir del dolo o la culpa de una persona quien intencionalmente, por descuido, imprevisión o impericia, causa un perjuicio a otra con quien no tenía un vínculo contractual, o bien puede devenir de un hecho dañoso ocasionado por máquinas, animales, dependientes, insanos cuyos representantes son insolventes, etc.

Factores subjetivos:

Los **factores subjetivos** son el **dolo** y la **culpa**, y se basan fundamentalmente en el **comportamiento** de un ser humano, y sobre el mismo se hacen verdaderos juicios de valor a fin de establecer si fue *correcto o no* el actuar de dicha persona, desde la óptica de la intención de causar el daño –dolo– o de la producción del perjuicio, aún sin intención, pero a través de un obrar negligente, imprudente o sin la pericia necesaria –culpa–.

En referencia a los **factores subjetivos**, la **responsabilidad por hecho propio** está referida en nuestra ley con una disposición genérica equiparable al *alterum non laedere* romano, que impone la obligación de

---

(64) **Art. 1723 C.C. y C. argentino del año 2015.** Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un **resultado** determinado, su responsabilidad será **objetiva**.

**Art. 1768 C.C. y C. argentino del año 2015.** La actividad del **profesional liberal** está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. **La responsabilidad es subjetiva, excepto** que se haya comprometido un **resultado** concreto....



indemnizar ante la ocurrencia de un acto ilícito dañoso, producido por un **acto propio** del sujeto, sea que haya actuado por dolo o culpa (65).

Factores objetivos:

Por su parte, los factores **objetivos** de responsabilidad civil se definen en la ley, pero en forma específica y descriptiva. Así, se ha señalado que en el caso de los factores **objetivos**, los mismos reconocen una **imputación legal o imputatio juris**, en el sentido de que es la disposición legal la que crea la figura del daño y señala un *responsable* –y no precisamente un *culpable* (66) –sobre quien recae la obligación de pagar la indemnización resultante, aun cuando dicho *responsable* no haya sido causante directo del daño (67).

(65) **Art. 1833 C.C.** El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente.

Nótese que esta disposición tiene dos partes. La primera que establece el deber genérico de indemnidad que obliga al causante de un daño ilícito a componerlo. La segunda parte que introduce la responsabilidad civil **objetiva**, al indicar que, si no mediare culpa, será la ley la que establezca los casos de indemnización, con lo cual nos está remitiendo a la idea de la **imputación legal o imputatio juris** para estos supuestos, en los que la ley es la que describe la situación dañosa, indica al responsable e incluso prevé las eximentes de cada uno de esos supuestos.

(66) Es siempre interesante hacer esta suerte de distinción terminológica, ya que la palabra culpable envuelve un significado referido intrínsecamente al **sujeto** causante del daño, y responde a una **conducta** especial y específica del mismo, sea por haber obrado en forma negligente, imprudente o falta de pericia –con lo cual estaríamos ante la *culpa* propiamente dicha– o en forma intencional –en cuyo caso nos encontraríamos ante el dolo–. Por otra parte, el **responsable** es *quien responde*, en cualquier circunstancia, incluso cuando no media *culpa*, es decir, aún cuando su obligación de responder sea porque la ley así lo prevé, como en el caso de los factores **objetivos** de responsabilidad civil, para cuyos casos se debería reservar el uso de este término.

(67) Piénsese, solo como botón de muestra, en los casos del *dueño o guardián de una cosa inanimada* que responde de los daños causados por ella o con ella (art. 1847 C.C.) y que, para excusar su responsabilidad, debe probar, según el caso, que no hubo culpa o que la culpa fue de la misma víctima o de un tercero por quien no debe responder. En casos como éste –de responsabilidad objetiva– la norma jurídica

Estos **factores objetivos** de responsabilidad civil conllevan una suerte de **presunción de responsabilidad** contra quienes aparecen señalados en la misma norma como sujetos obligados a indemnizar, presunción que ellos deben desvirtuar acreditando la existencia de una de las eximentes, que la misma ley les provee (68), siendo carga de quienes son reclamados la prueba de dichas eximentes.

## 6. Semejanza: El daño moral

El **daño moral** (69) es otra semejanza entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Tanto en la responsabilidad civil **contractual** como en la **extracontractual** existe la posibilidad que se pague una indemnización por **daño moral**. Sin embargo, a pesar que en ambos tipos el **daño moral** es resarci-

---

recrea una situación específica y señala un responsable que debe forzosamente pagar *salvo que él demuestre* alguna de las causas eximentes previstas en la misma norma.

(68) A contrario, si el sujeto indicado en la norma no demuestra la eximente, este sujeto deberá pagar la indemnización correspondiente, puesto que la ley señala su responsabilidad, salvo dicha demostración de causal de eximición. Existen otros casos de **responsabilidad civil objetiva**, en donde esta *presunción de responsabilidad* aparece nítida, siendo ésta una de las características principales de aquella, y en donde se espera una eficiente actividad de parte del señalado en la norma como responsable, a fin de que este demuestre la eximente pertinente.

(69) El **C.C. y C. Argentino del año 2015** llama al **daño moral**, *consecuencias no patrimoniales*.

**Art. 1741.** Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible. a acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

ble y entendemos que por ello constituye una *semejanza* entre aquellos, debemos analizar la indemnización del **daño moral** con ciertas particularidades propias de la responsabilidad contractual y de la extracontractual.

Pero ello no siempre fue así, pues antiguamente la indemnización por daños morales sólo se concedía en ciertos casos de responsabilidad civil extracontractual, pero no en los casos de incumplimientos contractuales.

Veamos cuál fue la **evolución de la legislación** en ese sentido:

El **código civil argentino de Vélez**, que rigió en nuestro país hasta finales de 1986, en su **redacción originaria**, tenía una sola disposición sobre el **daño moral**, el **art. 1078** que regulaba el tema en relación con los **daños extracontractuales** exclusivamente, exigiéndose para el otorgamiento de una indemnización por daño moral que el hecho dañoso fuera un **delito penal**. Por tanto, era insuficiente que la víctima sufriera un **daño extrapatrimonial o moral** como consecuencia de un ilícito extracontractual, ya que el mismo no podría ser cualquier hecho, sino que debería estar, además, tipificado como **delito** en el código penal (70) para que pudiera concederse una indemnización por **daño moral**. Si el ilícito extracontractual que causaba el daño no era un delito del derecho criminal, no había posibilidad de otorgar una indemnización por **daño moral**.

El Código de Vélez en su redacción originaria, en consecuencia, contemplaba sólo la indemnización por **daño moral extracontractual**, y no contemplaba expresamente los **daños morales contractuales** (71).

(70) **Art. 1078 C.C. argentino de Vélez. Redacción originaria.** Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdida e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.

(71) Para entender el motivo por el cual el código civil de Vélez, en su redacción originaria, no tuviera una norma que regulase expresamente los **daños morales contractuales**, debemos ubicarnos en el contexto histórico en el cual fue redactado dicho código y así, mencionar que el mismo fue concebido dentro con el pensamiento jurídico imperante en el siglo XIX, momento en el que regía la idea que el **incumplimiento contractual** producía sólo **consecuencias meramente patrimoniales** y, por lo tanto, ello afectaba únicamente al derecho relativo de crédito del acreedor, no concibiéndose posible que los perjuicios se extendieran hasta los derechos absolutos del mismo. Por tanto, no era concebible, en ese esquema jurídico que

Posteriormente, el texto originario del art. **1078 del código de Vélez**, fue **modificado** con la reforma producida por la **ley 17711/68** (72), incorporándose dos innovaciones muy importantes: **a)** la ampliación a los ilícitos extracontractuales que no fueran delitos del derecho criminal entre los hechos ilícitos que podrían generar dichos daños morales, y **b)** la introducción de los **daños morales contractuales**, en la modificación del art. 522 (73).

---

un contrato incumplido o cumplido tardía o defectuosamente pueda traer, además de las consecuencias **patrimoniales**, las llamadas **consecuencias extrapatrimoniales o morales**, los que se concebían posibles, en aquella época, sólo en los supuestos de daños producidos por ilícitos extracontractuales que afectaran a **derechos absolutos** como la vida, la integridad física o la salud.

(72) **Art. 1078 C.C. argentino de Vélez. Ley 17711/68.** La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

(73) **Art. 522 C.C. argentino de Vélez. Redacción originaria.** Cuando en la obligación se hubiere convenido que si ella no se cumpliera se pagaría cierta suma de dinero, no puede darse una cantidad ni mayor ni menor.

**Art. 522 C.C. argentino de Vélez. Ley 17711/68.** En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

A pesar de la introducción de esta normativa que introducía el **daño moral contractual**, la jurisprudencia sostenía que la concesión de una indemnización por **daño moral** era la regla en la **responsabilidad extracontractual**, mientras que –dada la redacción del art. 522– en la **responsabilidad contractual** debía ser medido muy prudencialmente, pues el artículo en cuestión establecía que *el juez podrá condenar*, es decir, establecía una mera facultad del magistrado, quien podría no otorgar dicha indemnización, si la producción del mismo no se encontraba claramente evidenciada o surgía manifiestamente del incumplimiento contractual, aludiendo a la idea que en los contratos, los intereses de las partes eran claramente patrimoniales. Esta idea no era muy sostenible, pues existen casos en los incumplimientos contractuales en los cuales la concesión de una indemnización por **daños morales** aparece claramente evidenciada, como por ejemplo cuando se afecta a la

Estas innovaciones del código civil argentino realizadas en el año 1968 fueron luego consideradas, al momento de redactarse nuestro **código civil paraguayo**, ya que: **a)** el **artículo 1835** que regula el **daño moral extracontractual** tiene un tenor normativo muy parecido a su antecedente argentino del año 1968 (74); y **b)** se previó también la indemnización en los casos de **responsabilidad contractual** (75).

Antes de empezar con las particularidades propias del **daño moral contractual** y del **extracontractual**, recordemos que el **daño moral** afecta *intereses* de quien lo sufre, que se encuentran **fuera del patrimonio**

---

integridad física o la vida de una persona, en una **obligación de seguridad**, entendida ésta como aquella obligación en la que una parte del contrato, cuyo cumplimiento implique riesgos, se encuentra constreñida por la ley o por el contrato en forma expresa o implícita a que la otra parte no sufra ningún daño en su persona, en sus bienes ni en sus intereses, durante el tiempo en que el contrato se encuentre en ejecución o a realizar las diligencias necesarias para evitar la producción de dicho perjuicio. Por tanto, si los daños se produjeron en el cuerpo de la persona, durante la ejecución de un contrato, se hace muy evidente que puede concederse a la víctima una indemnización por **daños morales**. Pensemos en el ejemplo de quien es transportado en un ómnibus y sufre lesiones en un accidente del mismo; en este supuesto el **daño moral** sería ostensible, tanto como si las lesiones las produjera el mismo ómnibus a un transeúnte que camine por la calle. ¿Por qué habría que establecer una diferencia entre ambas lesiones en cuanto al daño moral? Sobre supuestos como los indicados en esos dos ejemplos, no tiene mucho sentido establecer diferencias en relación a si el daño moral es contractual o extracontractual, pues el daño es exactamente el mismo, y ha afectado, en ambos casos, a la persona en su integridad física. Por el mismo fundamento, tampoco tendría sentido sostener que en este tipo de casos, si la responsabilidad fuera extracontractual el daño moral debería ser más abarcante y si el daño moral fuera contractual debería ser más restringido.

(74) **Art. 1835 C.C.** Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

(75) **Art. 451 C.C.** Cuando la obligación no cumplida proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.

del perjudicado, de allí su nombre de *extrapatrimoniales*. Así, el hecho dañoso deberá provocar perjuicios a *afecciones internas* del sujeto perjudicado, como consecuencia de un evento que provoca daño injusto y que perturba sus sentimientos o su imagen (76).

### 6.1. El daño moral contractual en el código civil paraguayo

El **código civil paraguayo** otorga la posibilidad que un incumplimiento contractual, o un cumplimiento defectuoso o tardío del mismo pueda derivar en una indemnización por **daño moral** (77).

No todo incumplimiento contractual produce como consecuencia la obligación de indemnizar en general, y menos de indemnizar por **daño moral**. Por lo tanto, a fin de establecer en qué casos puede otorgarse una indemnización por **daño moral** como repercusión de dicho incumplimiento, tenemos que decir que podría concederse dicha indemnización si en el

---

(76) El **daño moral** “Es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria, comprendiendo también las molestias en la seguridad de la víctima o del goce de sus bienes”. **LÓPEZ MESA**, Marcelo y **TRIGO REPRESAS**, Félix A. “Tratado de la responsabilidad civil”. Cuantificación del daño, 1ª Ed., Bs. As., Argentina. La ley, 2006, pág.114.

“El texto originario del artículo 1078 del Código Civil caracterizaba al daño moral como el causado a la persona ‘molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas’ (núm, 487). Tal caracterización es sustancialmente apropiada. El daño moral, que se proyecta sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales —sea que el hecho generador actúe sobre un derecho patrimonial, o sobre un derecho extrapatrimonial—, consiste en el sufrimiento causado como dolor, o como daño en las afecciones (préjudice d’agrément); el daño al honor constituye claro ejemplo de esta última categoría (ver art. 1099, Cód. Civ.)”. **ALTERINI**, Atilio, **AMEAL**, Oscar y **LÓPEZ CABANA**, Roberto; “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Reimpresión, Bs. As., Argentina. Editorial Abeledo Perrot, págs. 288/289.

(77) **Art. 451 C.C.** Cuando la obligación no cumplida proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.

evento dañoso se han afectado **derechos absolutos** de la víctima como la vida, la integridad física, el honor, la imagen, la intimidad, etc., como derivación de un **incumplimiento contractual** (78); por otra parte, si el hecho en cuestión afectó sólo **derechos relativos**, como el *derecho de crédito* –y no derechos absolutos– no habrá presunción de **daño moral** y los supuestos agravios extrapatrimoniales que produzca el incumplimiento contractual en estos casos deberán ser muy evidentes para que se tengan por existentes.

### 6.1.1. Partes del art. 451 del C.C. paraguayó

a) **Daños extrapatrimoniales.** El **art. 451** otorga resarcimiento ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío de un contrato, *aunque el perjuicio no fuera patrimonial*, debiendo interpretarse que esta redacción del **art. 451** se está refiriendo a los **daños morales**, aunque si bien la expresión de la ley es inequívoca, hubiese buscado el legislador una redacción más clara para referirse al **daño moral**: *aunque el daño sea moral* o *aunque el daño sea extrapatrimonial* (79).

---

(78) Piénsese en el caso de los **contratos de transporte** en los cuales, por culpa del conductor del medio de transporte, los **pasajeros sufren daños en su cuerpo**, afectándose su **integridad física**, o incluso, su **vida**. En estos casos –regulados por el código en el art. 724– si el pasajero es afectado en alguno de los derechos absolutos citados se hace ostensible que correspondería una indemnización por **daño moral**.

(79) Sostenemos el criterio que el **daño extrapatrimonial** se identifica con el **daño moral**. Cabe esta aclaración pues cierta calificada doctrina señala que el daño puede ser material, moral y psíquico, reconociendo una suerte de tercer género sobre esta clasificación de perjuicios. Para ello se ha basado en la interpretación del art. 5º de la Convención *Interamericana de Derechos Humanos*. Particularmente, reiteramos que sostenemos que los daños se clasifican en patrimoniales y extrapatrimoniales, correspondiendo a éstos últimos, en exclusiva, los daños morales.

**Art. 5º. Convención Interamericana sobre derechos humanos. Derecho a la Integridad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. ....

“Según la doctrina dominante en la materia **existen algunas diferencias entre el daño psíquico y el daño moral**, pero, se debe aclarar que en el código civil el daño psíquico se halla comprendido dentro del daño moral conforme queda plasmado en el artículo 1835, sin embargo, no podemos olvidar que posteriormente

**b) Contratos onerosos.** Nuestro código civil *restringe* los daños morales como derivación de un incumplimiento contractual, solo en el caso que el contrato en cuestión sea **oneroso** (80), lo que, tácitamente, excluye a los contratos **gratuitos** (81).

**c) Los casos en que la ley lo autorice.** En caso de que la ley autorice la indemnización por daños morales, el contrato podría no ser oneroso. Esta interpretación está sustentada por la doctrina nacional que se ha pronunciado en este sentido (82).

---

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra el derecho positivo de la República desde el año 1989, hace una distinción legislativa entre ambos. El daño psíquico consiste en un estado depresivo que trae aparejadas perturbaciones psicosomáticas, de carácter transitorio o de carácter permanente. El daño moral comprende todo tipo de padecimiento y dolores, preocupaciones, sufrimientos o una lesión a las afecciones legítimas o cualquier otro tipo de padecimientos que provoca un hecho ilícito. El daño psíquico puede traer como consecuencia el menoscabo del rendimiento humano sea a nivel laboral o a nivel social, si bien es un daño extrapatrimonial, sin embargo, podría tener al tiempo una consecuencia patrimonial directa o indirecta”. **RIOS AVALOS**, Bonifacio. Factores de atribución de la responsabilidad civil. Editorial La Ley. Asunción, Paraguay. 2015. Pág. 331

(80) “**Contratos a título oneroso.** Se llama así cuando las ventajas que procura a una de las partes no le son concedidas sino por una prestación que la otra le ha hecho o que se obliga a hacerle; como en la compraventa”. **OSSORIO**, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina. 1984. Pág. 167.

(81) “**Contrato a título gratuito.** Aquel en que obedeciendo a un propósito de liberalidad y de desinterés, una de las partes se obliga a efectuar una prestación sin recibir nada en cambio; cual sucede en el contrato de donación”. **OSSORIO**, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina. 1984. Pág. 167.

(82) Comentario al art. 451 del C.C. en la obra: **Código Civil de la República del Paraguay comentado**. Tomo IV, pág. 169. La Ley paraguaya S.A. Año 2009. Asunción, Paraguay. Autor del comentario: Horacio Antonio **Pettit**.



### 6.1.2. Legitimación activa en el reclamo de indemnización por daños morales contractuales

Corresponde analizar *quienes* pueden reclamar el pago de indemnización por **daños morales contractuales**, es decir, quienes tienen **legitimación activa**, en razón que nuestra ley nada dice expresamente a este respecto (83), dejándose a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación de esta cuestión.

Al respecto de la **legitimación** para el reclamo de la indemnización por daños morales contractuales, existen básicamente dos posiciones:

a) Una **primera posición** sostiene que estará legitimado a reclamar los daños morales derivados de un incumplimiento contractual sólo el **acreedor** de la relación obligatoria. Puede entenderse que en aplicación del *principio de relatividad de los actos jurídicos* (84), nadie más que aquellos que hayan sido **partes del acto jurídico** pueden beneficiarse o perjudicarse con dichas consecuencias (85).

---

(83) El art. 451 del C.C. **no menciona quienes están legitimados** a reclamar daños morales contractuales, a diferencia de lo que sucede con el art. 1835 del C.C. que sí determina puntualmente quiénes pueden reclamar daños morales extracontractuales.

(84) Por el **principio de relatividad de efectos de los actos jurídicos** –o lo que los romanos llamaban *res inter alios acta*– solo las **partes de dicho acto** pueden ser afectadas por los actos jurídicos que ellas concluyen, salvo los **sucesores universales** para quienes se extienden también las consecuencias de los contratos, y los **terceros** que excepcionalmente, son afectados por disposición expresa de la ley.

**Art. 717 C.C.** Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona, o resultare lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley.

(85) Entendemos que esta interpretación que sostiene que son los **acreedores** quienes pueden reclamar los **daños morales** derivados de un incumplimiento contractual, independientemente que sean o no damnificados directos, es la interpretación que debería prevalecer, pues estamos en presencia de un *derecho de daños*, que cada día con mayor fuerza, apunta a cubrir los perjuicios injustos causados a las personas.

b) Una **segunda posición** sostiene una tesis más amplia, ya que el **art. 451** nada dice sobre la legitimación activa para el reclamo de los **daños morales contractuales**, por lo que deben considerarse como legitimadas a aquellas personas a las que se otorga legitimación activa para reclamar los daños morales *extracontractuales*. Por ende, esta posición sostiene que el art. 1835 (86) es de aplicación analógica a la *responsabilidad contractual*, en lo que hace al requisito de ser –además de acreedor– *damnificado directo*. Por ende, para poder reclamar el pago de una indemnización por *daño moral* derivado de un *incumplimiento contractual*, **no bastaría ser acreedor sino que quien reclama debería ser también el damnificado directo** (87).

## 6.2. Daños morales en la responsabilidad extracontractual

El Código Civil otorga **daños morales** para casos de daños producidos por un ilícito *extracontractual*, (88)debiendo concederse la indemnización sólo cuando el perjuicio sea **evidente** y, consecuentemente, deben

---

(86) **Art. 1835 C.C.** .... La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al **damnificado directo**....

(87) Esto podría implicar algún inconveniente con la justicia de la norma, pues si bien normalmente el *acreedor* es al mismo tiempo el *damnificado directo*, ello no siempre es así. Pensemos en el caso de los padres de un menor que contratan con un médico para que someta a una necesaria operación quirúrgica a dicho menor. Si la operación resultase mal, y existiesen daños al menor, podríamos estar ante el hecho que los padres no podrían formular un reclamo indemnizatorio pues si bien son *contratantes* –ya que han formalizado indudablemente el contrato *en beneficio de un tercero* con el médico, como representantes necesarios de su hijo menor– **no son damnificados directos**, pues quien sufrió el daño del *incumplimiento contractual* es el **hijo menor** y no los padres.

Sin embargo, si aplicásemos el **art. 451 del C.C.** y consideramos que tanto los padres como el niño son *contratantes*, en ese caso, todos ellos podrían pedir daños morales derivados del incumplimiento contractual.

(88) **Art. 1835 C.C.** Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. **La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral**

rechazarse los reclamos indemnizatorios por daños morales que se formulen cuando las causas de los reclamos sean molestias o inconvenientes superfluos, y sin la contundencia suficiente para fundar la indemnización. (89)

Para la concesión de una indemnización por **daño moral extracontractual** es necesario que se constate que el agravio a sentimientos o a la imagen o a afecciones internas tengan un grado suficiente de profundidad, estabilidad o permanencia en el tiempo y que haya afectado efectivamente a quien se dice víctima de modo tal a hacer creíble una alegación por **daños morales** (90).

---

**causada por el acto ilícito.** La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

(89) Los reclamos por **daños morales** derivados de cualquier molestia mínima que sucede permanentemente, deben ser rechazados. Por ejemplo, los jueces, sistemática y prudentemente, han rechazado el reclamo de los daños morales como derivación de un accidente de tránsito en el que se han producido sólo daños materiales pues no se considera sustentable que se pretenda convencer que una persona sufrió un perjuicio prolongado y profundo por chocar con su vehículo, si éste solamente resultara con daños materiales, salvo que se pruebe una relación afectiva real con la cosa perjudicada, por ejemplo, cuando la cosa en sí misma tenía un valor para su dueño, extremo éste muy extraño en la práctica.

“En cuanto al daño moral, su imposición es restringida, pues cuando hace relación a accidentes de automotores, el principio sustentado indica que no es admisible si solo se producen daños materiales al vehículo y no existe concordancia con alguna lesión a los sentimientos o afecciones del perjudicado. Al no probarse este extremo, debe rechazarse por improcedente. Igual temperamento debe adoptarse respecto de la actualización de los valores al 4% que solicitó el actor en su escrito inicial de demanda, ya que la condena que habrá de ser pronunciada tendrá como accesorio los intereses legales correspondientes”. Trib. Apel. Civil y Com. Asunción, Sala 1, 2000/05/26, Castillo, Fernando A. c/ Chávez de Vallejos, Fátima C., citado en LLP, Año 2000, No.23, págs. 59 y 835.

(90) Pongamos el caso de las personas que pierden a un ser querido en un accidente de tránsito, por ejemplo, un hijo. Nadie pondría en duda que en dichos casos existe un agravio gravísimo a los sentimientos de la persona que sufre dicha pérdida.

### 6.2.1. Legitimación activa en los reclamos de daños morales extracontractuales

El código civil impone una serie de limitaciones expresas en la legitimación activa para los reclamos indemnizatorios extracontractuales, limitaciones que han generado una serie de cuestionamientos en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países que tienen una disposición similar.

a) El damnificado directo

El **art. 1835 del C.C.** (91) en primer lugar, dispone que sólo el **damnificado directo** podrá formular el reclamo de daños morales. El **damnificado directo** es aquel que sufre personalmente el daño, sea en sus propios bienes, derechos o intereses o en su propia persona.

Aplicando literalmente la norma, sólo quien resulte personalmente afectado tendrá acción para demandar por daños morales, y no lo podrán hacer otros **damnificados indirectos**. Son considerados **damnificados indirectos**, por ejemplo, los padres en relación a los daños físicos que se causen a sus hijos menores que sufren un accidente de tránsito ya que en aquellos repercutirán las consecuencias económicas de dicho percance (92).

b) Los herederos forzosos

Producida la muerte de la víctima, nuestra ley da acción sólo a los **herederos forzosos** que para nuestra legislación son el **cónyuge**, los **ascendientes** y los **descendientes**.

Esta norma ha generado ciertos inconvenientes: 1) cuestionamientos en la *interpretación* de la norma; y, 2) en la aplicación práctica de la norma.

---

(91) **Art. 1835 C.C.** Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material **o moral causada por el acto ilícito**. La acción por indemnización del daño moral **sólo competirá al damnificado directo**. Si del hecho hubiere resultado su **muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos**.

(92) Obviamente ésta constituye una **excepción** a la regla prevista en el **art. 1840 del C.C.** que establece: La obligación de reparar el perjuicio causado por un acto ilícito, no sólo respecto de aquél a quien se ha dañado personalmente, sino también respecto de todas las personas directamente perjudicadas por consecuencia del acto.

1) Cuestionamientos en la interpretación de la norma

Los **herederos forzosos** referidos en esta norma reclaman la indemnización por daño moral **por derecho propio**, no como herederos del **damnificado directo**, y lo hacen por el propio dolor que han sufrido y no por el dolor del **damnificado directo**. Cuando la ley refiere que son los **herederos forzosos** quienes tienen derecho a reclamar los daños morales no impone que los mismos se presenten luego de ser declarados tales, sino que la ley se limita a especificar quienes podrán reclamar dichos daños morales, hayan sido o no declarados judicialmente tales, pues la condición de **herederos forzosos** la tendrán desde el mismo instante de la muerte del **damnificado directo** (93).

2) Inconvenientes en la aplicación práctica de la norma

El art. 1835 del C.C. dio pie a cuestionamientos por el hecho que impedía que personas a quienes era justo reconocerle el derecho a ser indemnizadas por daño moral, fueran excluidas por no ser **herederos forzosos**. Pensemos en los casos de los **concubinos**, de las personas que mantenían **convivencia homosexual**, en los **hermanos** que convivían con el fallecido y en una infinidad de casos similares que, reiteramos, se verían excluidos por la aplicación de dicha norma (94).

---

(93) Si los **herederos forzosos** reclamaran por haber recibido dicho derecho por herencia, los de grado más cercano excluirían a los de grado más lejano, es decir, por ejemplo, los hijos de la víctima excluirían a los padres de ésta, pero esto no sucede porque ambos –padres e hijos del **damnificado directo**– pueden reclamar al mismo tiempo esta indemnización por daños morales.

(94) “Nuestro código civil establece en el artículo 1078 *in fine* que ‘La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán la acción los herederos forzosos’. Ello significa que el *pretium affectionis* en nuestra legislación no puede invocarlo ningún tercero y no cualquier pariente de la víctima, sino solamente los herederos forzosos si del hecho hubiese resultado la muerte de esta última. Nadie más que estos últimos tienen legitimación activa en el caso”. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª Edic. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. Argentina, pág. 242.

El código civil de Vélez contenía una disposición muy similar a la de nuestro país que evidenciaba la injusticia por excluir también a ciertas personas –concubinos, parejas homosexuales, hermanos, etc.– de la posibilidad de reclamar por los daños morales. Para evitar este inconveniente, se declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C. de Vélez y se reconoció el derecho de esas personas excluidas por la norma jurídica a ser indemnizadas por los daños morales, aún cuando no eran **herederos forzosos**.

El problema se ha planteado en la jurisprudencia extranjera con los **damnificados directos** que han quedado vivos, pero absolutamente incapacitados. El caso fue el de una persona que fue afectada por un accidente de tránsito y quedó con *vida vegetal*. No ha muerto, por ende, no puede considerarse la existencia de *herederos forzosos*; pero debido a su incapacidad, esa víctima se ve impedida de reclamar una indemnización por daños morales derivados de una situación dañosa, evidentemente gravosa, que ha irrogado un perjuicio manifiesto.

## 7. Diferencia: el origen de cada una de las responsabilidades civiles

### 7.1. El origen de la responsabilidad contractual

Al momento de redactar la **introducción** de este artículo, habíamos indicado que la denominación de **responsabilidad contractual** no era la más adecuada, o por lo menos, no era aquella que abarcaba todas las posibilidades, pues en realidad esas disposiciones del código civil se aplicaban a todas las consecuencias derivadas del **incumplimiento de una obligación**, independientemente del origen, siempre y cuando no sean extracontractuales, y de ese modo, podrían aplicarse tanto a las consecuencias de una **obligación impuesta por la ley**, como a las consecuencias de una **obligación contractual** o a las consecuencias de una **obligación que derive de un acto unilateral** (95).

---

(95) “Conforme a lo dicho, para quienes se adhieren a la posición amplia, el concepto de ‘culpa contractual’ queda estrecho para representar al fenómeno jurídico en cuestión, debido a que dicha órbita rige también para algunos supuestos en los que no hay contrato. Más bien, se debería hablar de una ‘responsabilidad obligacional’ o por ‘incumplimiento obligacional’...” “Por nuestra parte, nos adherimos a la

En concreto, para aplicar esta parte del **código civil** (que arranca en el **art. 417**) debería existir una *relación previa entre las partes*, vinculadas por alguna de las *causa-fuentes* indicadas.

Habíamos señalado también que la denominación, más que **responsabilidad contractual**, debería ser **responsabilidad obligacional**, y el que mismo título en el que estaban organizadas las normas aludidas, se llamaba “De las obligaciones”, y no precisamente “De los contratos”, pero que por una cuestión más vinculada a la tradición y a lo arraigada que estaba aquella denominación de **responsabilidad contractual**, seguiríamos utilizando la misma.

Sin embargo, lo que debemos destacar es que estas normas –a las que llamamos y seguiremos llamando– de **responsabilidad contractual**, se aplican tanto a las consecuencias de los incumplimientos contractuales, como a las consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones derivadas de la ley y de los actos jurídicos unilaterales, es decir, a toda situación en la que entre las partes existe una *relación previa* establecida.

Por ello, se afirma que en estos casos, usualmente **las partes se conocen previamente** y mantienen entre las mismas un **vínculo jurídico**, y en las cuales, quien incumple **rompe deberes específicos** impuestos al obligado.

## 7.2. El origen de la responsabilidad extracontractual

El origen de la **responsabilidad extracontractual** no se basa en un vínculo previo entre las partes, sino en la transgresión del deber genérico de **no dañar injustamente** a otro, que pesa sobre todas las personas.

---

teoría que promueve el concepto amplio de la responsabilidad contractual, ya que creemos que ésta se da cuando hay un deber preexistente (cualquiera sea su fuente, contratos, cuasicontratos o la propia ley), específico y determinado (tanto en relación al sujeto obligado como al objeto de la obligación). En contrapartida, pensamos que en el caso de la responsabilidad extracontractual, si bien también hay una obligación preexistente, la misma es impuesta por la convivencia social, y no es una obligación específica sino genérica (deber de no dañar), e indeterminada de los sujetos”. **MELGAREJO, Joel. SEGURA, Francisco.** Coordinadores Temas modernos de responsabilidad civil. Autor del artículo: **DOS SANTOS MELGAREJO, José Angel.** Título del artículo: Diferencias reales e irreales entre las responsabilidades contractual y extracontractual. 2013. Marben Editora y Gráfica. Págs. 60 y 61.

A tal punto llega la falta de relación previa entre las partes, que muchas veces ellas se conocen solo en ocasión o con motivo del evento dañoso, ya que no se conocían antes, y como se dijo, no tenían ninguna vinculación jurídica y ni siquiera personal previa. Piénsese en un accidente de tránsito. Las partes de ese accidente, antes del mismo, no se conocían y no mantenían vínculos entre ellas.

## 8. Diferencia: la prueba de la culpa

A pesar que existe un solo concepto de **culpa** para ambas responsabilidades civiles, la **carga probatoria de dicha culpa es distinta**, según se trate el caso de una **responsabilidad extracontractual o contractual**. Muy acertadamente sostiene el gran maestro Adolfo Alvarado Velloso que las cargas probatorias, más que imperativos para las partes, constituyen *“directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio (96)”*.

### 8.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual

Tratándose de un caso de **responsabilidad extracontractual**, habrá que distinguir si el mismo corresponde a responsabilidad civil subjetiva u objetiva.

Si el caso fuera de **responsabilidad civil subjetiva**, habría que distinguir, nuevamente, si el caso corresponde al **hecho propio** o si corresponde a **hecho ajeno**.

Veremos separadamente cada uno de estos casos.

#### 8.1.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho propio

Si el caso fuera de **responsabilidad civil subjetiva por hecho propio**, la obligación probatoria correspondería, en principio, a la víctima que asuma en el proceso judicial el carácter de parte actora.

---

(96) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El debido proceso de la garantía constitucional. Pág. 194.



De esta forma, se aplica la **carga probatoria** impuesta por el código procesal civil, que indica que quien invoca un hecho controvertido está obligado a probarlo (97). Así, quien plantea la demanda por indemnización de daños invocará los llamados **hechos constitutivos**. La prueba de estos **hechos constitutivos**, alegados por el actor como base de su pretensión y negados por el accionado, es a cargo del accionante. Vayamos a un **ejemplo**: El actor, al demandar, alega que fue víctima de un ilícito extracontractual por responsabilidad subjetiva por hecho propio, cuya producción *—y culpa—* endilga a la parte demandada, por ejemplo, en base a un accidente de tránsito en el que intervinieran dos vehículos automotores de igual porte. Si la parte demandada negase esos hechos constitutivos, y en consecuencia desconociese la *culpa*, la prueba de los hechos **constitutivos** será a cargo de la accionante.

Decíamos que corresponde *en principio* la carga de la prueba a la actora, pues existen ciertos casos puntuales en los cuales, a pesar de ser un caso **de responsabilidad civil subjetiva por hecho propio**, la carga probatoria ha sido trasladada *—por la jurisprudencia primero y por la doctrina después—* a través de la **doctrina de la carga probatoria dinámica** (98), que indica que corresponde probar no a quien haya invocado un

---

(97) **Art. 249 C.P.C.** Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

Cabe indicar que en la República Argentina rige una disposición muy parecida a la del código procesal civil paraguayo, que permite trazar similitudes *—si no identidades—* en la interpretación dada al texto de ambas normas:

**Art. 377. CPCCN.** Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

(98) “Tesis de las cargas probatorias dinámicas. Pregonada por el maestro rosarino Jorge Peyrano, nació con el objetivo de flexibilizar las reglas clásicas de la carga de la prueba y su consecuente dificultad de aplicación. La fisonomía de esta

hecho controvertido, sino a quien está en mejor posición de producir la prueba al respecto.

Mediante la **doctrina de la carga probatoria dinámica** se ha propuesto una **alteración** –para ciertos casos puntuales y concretos– de la carga probatoria impuesta por el código de forma, en virtud de la cual, en apretada síntesis, *quien alega, prueba*, y se propone que el juez de la causa **traslade dicha carga probatoria a la parte que está en mejor condición de demostrar el hecho controvertido**, aunque dicha parte no haya invocado el mencionado hecho controvertido (99).

---

doctrina discurre en que la carga de la prueba es variable, o bien dinámica, según las circunstancias del caso, imponiendo la carga probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, así la tesis no desconoce las reglas clásicas del instituto, pero la trata de complementar, de integrar, de perfeccionarla, aplicándose a todas aquellas respuestas en que por motivos ajenos a su voluntad, una de las partes estaba impedido de probar, como se dio en el ejemplo que originó su nacimiento, la mala praxis médica”. VILLALBA BERNIE, Pablo. Proceso Civil. Actualidad y futuro. Bijupa Editora. Págs. 448/449.

(99) Señalemos que el caso al que con mayor frecuencia se ha aplicado la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** es el de las demandas por daños derivados de la mala **praxis médica quirúrgica**. Al respecto, se ha sostenido que en estos casos de *mala praxis médica quirúrgica*, el paciente entró al quirófano e inmediatamente fue anestesiado, perdiendo la conciencia sobre todos los hechos que se desarrollaron posteriormente. Si en la operación quirúrgica sucediere un hecho dañoso, producido por negligencia, imprudencia o impericia del médico que actuara, nacería para la víctima el derecho a ser indemnizado. Por tanto, se consideró *justo* que dicha víctima no cargue con la prueba de hechos que no presencié y que le sería muy difícil –sino imposible– producir, ya que la víctima estuvo inconsciente durante la operación y tampoco puede acceder a la *historia clínica* –o *registros clínicos*– que quedan en resguardo de los médicos y del centro médico que serán, precisamente, los demandados en dicha acción resarcitoria.

Si bien la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** se han aplicado a los casos de mala praxis médica, cabe decir que aquella no se ha limitado a la misma, y posteriormente se ha ido aplicando también a otros casos judiciales –no sólo precisamente de indemnización de daños– como casos de fraude pauliano o alimentos donde se estableció que quién mejor posición de probar el propio caudal patrimonial es el mismo demandado, aplicándose también a casos de ciertos accidentes de tránsito, de simulación, o de derechos difusos entre los más destacados.

A través de esta **doctrina**, la carga de la prueba no se predetermina sobre el accionante o sobre el demandado antes del proceso, sino que será el juez quien determinará –usualmente al dictar sentencia– quien estaba en mejores condiciones de demostrar la verdad sobre los hechos controvertidos, y establecerá que esa era la parte que debía probarlos.

### **8.1.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho ajeno**

Estos casos de **responsabilidad civil subjetiva por hecho ajeno** deben dividirse entre los **hechos del dependiente** (100), y los **hechos dañosos** en los cuales los padres responden por los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos, o los casos en los cuales los tutores o curadores responden de los daños causados por los incapaces que habitan con ellos, o finalmente, aquellos en los cuales los directores de colegios y maestros artesanos responden de los daños causados por los alumnos o aprendices (101).

En el caso de los **daños causados por dependientes** cabe decir que –en principio– la prueba debe darse sobre la **conducta** de dicho dependiente –o autorizado– lo que implicaría que –también en principio– la prueba de la **culpabilidad** del **dependiente** o del **autorizado** la cargue la víctima salvo traslación de la carga probatoria.

---

(100) **Art. 1842 C.C.** El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.

(101) **Art. 1843 C.C.** Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos. Los tutores y curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están a su cargo y habitan con ellos. Los directores de colegios y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella.

Tratándose de casos de responsabilidad civil subjetiva por **hecho ajeno** de los **hijos menores, incapaces, alumnos o aprendices** la cuestión cambia, pues en ellos, la culpa de quienes son llamados a responder –padres, tutores, curadores, directores y maestros– se presume y son estos últimos quienes deben probar que actuaron con la *debida diligencia*, caso contrario deberán pagar la indemnización correspondiente.

Nótese que en estos casos, quienes son llamados a responder (padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos) asumen –desde el mismo momento de la producción del hecho dañoso– una obligación indemnizatoria. Al respecto, el texto de la norma es bastante claro: “*son responsables*”; ¿desde cuándo? Desde que el daño se produjo.

Nótese también que la norma, sin embargo, les da la posibilidad de probar la diligencia debida para exonerarse de la obligación indemnizatoria: “*La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella*”.

Se entiende entonces que existe una **culpa presumida** en cabeza de padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos que ellos deben destruir –por eso cargan con esa obligación probatoria– a través de las eximentes que les provee la misma ley, entre las que se cuenta la prueba de la *debida diligencia*, o la prueba de la *falta de culpa*.

Debe señalarse que el último párrafo del art. 1843 del C.C. se dedica a la **cesación de responsabilidad** cuando la custodia del menor de edad pasase a otras personas, con lo cual se produce la *traslación* de la obligación de cuidado y la consecuente responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la misma, y esta eximente se aplica a todos los supuestos de responsabilidad indirecta contemplados en la norma: padres, tutores, curadores y a los directores de colegio y a los artesanos,

Sin embargo, debe subrayarse que cualquiera sea la eximente invocada por quienes son señalados por la ley a responder por los actos dañosos ajenos (padres, tutores, curadores, directores de colegio o maestros artesanos) son éstos quienes cargan con dicha obligación de probar la misma, y que de no probar dicha eximente, estarán obligados a pagar por los daños producidos.

### 8.1.3. Prueba en la responsabilidad civil objetiva

Si el caso fuere de **responsabilidad civil objetiva**, la obligación de indemnizar está impuesta en la ley y ésta señala específicamente a una persona quien debe pagar por dicha indemnización, como por ejemplo, quien realice una actividad peligrosa, o el dueño o guardián de una cosa inanimada riesgosa, o el dueño o guardián de un animal no feroz o de uno feroz.

Por ende, la norma impondrá la obligación indemnizatoria en cabeza de quien es señalado por la ley para responder del daño, debiendo éste último probar la eximente que la misma norma jurídica le provee, es decir, debe demostrar que se dieron algunas de las causales de eximición previstas en la misma ley, como el *caso fortuito*, *la fuerza mayor*, *el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder* (102); de no hacerlo, el señalado por la ley para responder deberá pagar la indemnización, siendo carga de éste último dicha prueba de la eximente (103).

---

(102) Al respecto, cabe señalar que los factores de atribución objetivos de responsabilidad son el riesgo creado, la garantía, la equidad, el exceso a la normal tolerancia entre vecinos y el abuso del derecho. Como ejemplo, traigamos el caso del accidente causado por una cosa o una actividad riesgosa (art. 1846 C.C.) en cuyo caso, producido el evento dañoso, se asumirá la responsabilidad del sindicado en la norma como sujeto obligado al pago, salvo que éste demuestre que se produjo alguna de las causales de eximición prevista en la norma, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

(103) “En ese mismo ámbito extracontractual, si se trata de responsabilidad objetiva, la víctima nada tiene que demostrar, salvo la existencia del daño, por lo que produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que el demandado, considerado responsable por ser dueño o servirse de la cosa riesgosa, es quien tiene la opción de exonerarse demostrando que el evento dañoso se produjo por caso fortuito o fuerza mayor, por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien a él no le corresponda responder, según la doctrina que inspira los arts. 1846 y las demás disposiciones del código civil referentes a las situaciones de responsabilidad sin culpa (arts. 1847, dueño o guardián de la cosa inanimada, 1853 y 1854, propietario de animales, etc.)”. **GAUTO BEJARANO**, Marcelino. Tratado de las Obligaciones I. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. 2011, pág. 211.

## 8.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad contractual

Para establecer el punto atinente a la prueba en la responsabilidad contractual, antes debemos recordar que el tema de lo debido por el deudor al acreedor de un contrato está referido en dos artículos del **código civil: el 301 y el 715** (104).

De acuerdo a estos artículos del código civil debemos señalar que quien se obliga con otro en un contrato, está obligado a aquello que fuera expresamente pactado, es decir, lo que surge del texto del contrato, por lo cual el deudor se obligó a dar, a hacer o a no hacer algo a favor de la otra parte. Seguidamente, el deudor se encuentra constreñido a cumplir aquellas consecuencias *virtualmente comprendidas*, entendidas tales como las que no son expresamente pactadas por las partes, pero que surgen como consecuencias necesarias del contrato. Finalmente, la norma jurídica dispone también que el deudor se encuentra también obligada a cumplir aquello que sin ser pactado por las partes ni surgir virtualmente del contrato, está establecido por la misma ley.

Entonces, en los casos de daños derivados de un *incumplimiento contractual* se analiza **a qué se había obligado dicho deudor**, y se estudia cuál era la obligación que debía cumplir el sujeto pasivo.

Para establecer **a qué se había obligado el deudor** y determinar la carga de la prueba en los casos de **responsabilidad contractual**, es sumamente útil la distinción entre los contratos que contienen **obligaciones de medio** y los contratos que contienen **obligaciones de resultado**.

---

(104) **Art. 301 C.C.** Los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley.

**Art. 715 C.C.** Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

### 8.2.1. Prueba en los contratos que contienen obligaciones de resultado

Si estuviésemos ante un caso de *incumplimiento contractual* cuyo contenido es una **obligación de resultado** (105), al acreedor que reclama le bastaría con presentar el *contrato* y la prueba de que él mismo ha cumplido su parte de la obligación –si este contrato fuese bilateral– al formular su requerimiento pertinente, invocando que la otra parte no ha cumplido con su respectiva obligación contractual.

Entonces, en estas **obligaciones de resultado**, el deudor es quien debe demostrar que ha cumplido también con su obligación contractual, presentando las pruebas que acrediten este extremo o que no le fue posible pagar por un motivo que lo exonera del cumplimiento, como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del mismo perjudicado o de un tercero por quien no debe responder. Pero le estará vedado al deudor de una *obligación de resultado* probar su *diligencia debida* para exonerarse de las consecuencias del incumplimiento contractual. Si no probase estos extremos –caso fortuito, fuerza mayor o culpa ajena– se tendrá por incumplido el contrato por parte del reclamado, y su culpa se presumirá.

Se sostiene que en principio, las **obligaciones de dar y de no hacer** son **obligaciones de resultado**, pues en ellas el acreedor se satisface sólo con el cumplimiento de la obligación, siendo irrelevante si el deudor ha puesto o no la *debida diligencia* en su cumplimiento, pudiendo liberarse sólo si alega y prueba el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de un tercero por quien no debe responder. Sin embargo, las **obligaciones de hacer** pueden ser tanto de **medios** como de **resultado**, según los términos en que fue acordado el contrato o el *alea* del mismo, es decir, cuando dependía de la voluntad del deudor el cumplimiento del contrato o cuanto dependía de factores externos a dicha voluntad.

Por eso es que en estos contratos que contienen *obligaciones de resultado* se dice que la culpa del deudor se presume. Sostenemos que esta última

---

(105) Podríamos **definir** a las **obligaciones de resultado** diciendo que son aquellas en las que el deudor está constreñido a obtener cierto efecto material específico, sin tomar en cuenta –como prestación– la actividad diligente desplegada por el deudor para aquello.

afirmación –la culpa del deudor se presume– sólo es correcta en las *obligaciones de resultado*, pero no en las *obligaciones de medio* como se verá seguidamente.

### 8.2.2. Prueba en las obligaciones de medio

La llamada **obligación de medios** (106) impone al deudor un **deber de diligencia** sin que le sea exigible al mismo la falta de obtención del **resultado**; por ende el deudor, probando dicha *diligencia*, será exonerado de las consecuencias dañosas producidas; también será exonerado el deudor si prueba el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena, aunque será suficiente la prueba de la propia *diligencia debida* para exonerarse de la obligación indemnizatoria, ya que la prueba de un hecho extraño –como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa ajena– siempre es más compleja y difícil de lograr que la prueba del hecho propio, como la de la *debida diligencia* observada por el deudor.

Al respecto de la carga probatoria en el tema de las obligaciones contractuales, debe decirse que no es correcto que toda culpa contractual se presuma (107), ya que en las **obligaciones de medios** corresponde –en

---

(106) Podría **definirse** a las **obligaciones de medios** como aquellas en las que el deudor está constreñido a cumplir una acción o actividad, dentro de determinados parámetros de diligencia, prescindiendo de la obtención de un resultado; por ende, el objeto de estas obligaciones *es la conducta misma* del deudor, quedando fuera de la prestación la obtención del efecto concreto.

(107) Por ende, disentimos con lo afirmado la línea doctrinaria –como la abajo copiada– que sostiene que en todos los casos de incumplimiento contractual, la culpa del deudor se presume, ya que hay casos en los que sí se presume –como en las **obligaciones contractuales de resultado**– pero existen otros –como las **obligaciones de medio**– en los que debe acreditarse la culpa del obligado.

“En materia de contratos la culpa sería presumida; el acreedor no tiene que probar nada fuera del contrato del cual ha nacido su crédito; una vez presentada esa prueba se presume la culpa del deudor por el solo hecho de que la obligación no ha sido cumplida o lo ha sido de una manera insuficiente... ..En materia de culpa por incumplimiento contractual el acreedor sólo debe probar la existencia del contrato tanto como su incumplimiento; probado éste, se presume la culpa del deudor. O sea, en la responsabilidad contractual el acreedor sólo debe demostrar el incumplimiento, prueba a partir de la cual es presumida la culpa del deudor. Se afirma que



principio— probar que el deudor incurrió en culpa en el incumplimiento de la prestación debida (108). Cabe agregar también que los jueces, en algunos casos —especialmente vinculados a daños producidos por los médicos— han aplicado la **doctrina de la carga probatoria dinámica**, en virtud de la cual han transferido la obligación probatoria **a quien estaba en mejor condición de probar las circunstancias del hecho dañoso**, es decir, al demandado que tenía en su poder la historia clínica y las demás pruebas sobre el acto médico, con lo cual la jurisprudencia ha variado la solución legal, buscando soluciones más justas a los casos planteados. Cabe decir también que esta solución mereció la crítica de una parte de la doctrina procesal —la corriente conocida como el *garantismo*— pero el aplauso de otro sector de la doctrina —el *activismo*—.

---

la culpa se presume en el incumplimiento contractual y, por lo tanto, el acreedor no debe probar la del deudor. Demostrado el título de su crédito por parte del acreedor, incumbe al deudor la prueba del cumplimiento o la circunstancia impeditiva o extintiva de la obligación. En materia de culpa aquiliana le corresponde a la víctima probar la culpa del autor del daño. O sea que en materia del incumplimiento de la obligación es regla fundamental la inversión de la carga de la prueba en orden a la culpa. La ley presume, *iuris tantum*, que el incumplimiento sea determinado por el hecho mismo del deudor o, en otras palabras, que el incumplimiento sea debido a la culpa (negligencia) de él (no se establece, en cambio, la presunción de dolo). En otras palabras, frente al hecho del incumplimiento, la responsabilidad del deudor se perfila, independientemente de la prueba del comportamiento culposo de él, a proporcionarse por el acreedor una presunción (*iuris tantum*) de culpa, a cargo del deudor, nace del hecho mismo del incumplimiento. En cambio, corresponde al deudor proporcionar la prueba de la propia inculpabilidad si quiere verse exonerado de las consecuencias del incumplimiento, esto es, de la obligación del resarcimiento del daño”. **GAUTO BEJARANO**, Marcelino. Tratado de las Obligaciones I. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. Tomo I, 2011, págs. 211/212.

(108) Como **ejemplo** de lo afirmado, recuérdense los casos de los daños producidos como consecuencia de la **mala praxis médica** o de los profesionales **abogados**, en los cuales es preciso acreditar la falta de diligencia (o culpa) de los profesionales demandados, no siendo suficiente que por el solo hecho de la falta de curación del paciente o por haber perdido el juicio en tribunales, el médico y el abogado, respectivamente, deban pagar una indemnización. Se reitera entonces, que dicha culpa, en esos casos, no se presume y debe ser acreditada.

Por tanto, dado el incumplimiento en estas **obligaciones de medio**, la culpa del deudor ya no se presume y ésta debe ser probada –en principio y salvo traslación de la carga probatoria (109) –por el accionante (110).

---

(109) La **carga probatoria**, en principio, pesa sobre la parte actora de conformidad al **art. 249 del C.P.C.**, que establece: **Carga de la prueba**. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

Sin embargo, existen casos en los que la ley traslada la carga probatoria hacia la persona del demandado, casos que se conocen como **inversión de la carga probatoria**. Como **ejemplo** de esta traslación de la carga probatoria encontramos en el art. 671 del C.C. que regula la **lesión enorme**.

En el **C.C.C.A. del año 2015** se ha regulado la cuestión en el **art. 1723**, que dice: “Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un **resultado determinado, su responsabilidad es objetiva**”, con lo cual, si el deudor se obligó a conseguir un **efecto determinado (obligación de resultado)** éste responderá en forma objetiva, es decir, **sin culpa**.

El mismo **C.C.C.A. del año 2015** para el caso de los profesionales liberales señala en su **art. 1768**: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva excepto que se haya comprometido un resultado concreto”, con lo cual el código civil y comercial argentino hace una distinción puntual en relación a la responsabilidad civil de los profesionales liberales y afirma que el principio es el de la **responsabilidad subjetiva**, es decir **acreditando culpa o dolo**, salvo que el profesional se haya comprometido a obtener un **resultado específico, un efecto determinado**, con lo cual la responsabilidad será de **resultado** y el profesional responderá **objetivamente**.

(110) Decimos que la carga de la culpa le corresponde al actor, *en principio*, pues existen casos en los cuales la jurisprudencia y la doctrina ha trasladado la carga probatoria a *quien se encontraba en mejor condición de producir la prueba*, en aplicación de la llamada **doctrina de la carga probatoria dinámica**. Al respecto, recuérdese el caso de las demandas de daño por *mala praxis médica* en los cuales la prueba de la diligencia se ha trasladado al accionado.

### 9. Diferencia: La prescripción liberatoria

En el sistema del código civil paraguayo existe una diferencia notoria en el régimen de la prescripción liberatoria, según el caso provenga de un incumplimiento contractual o de un ilícito extracontractual.

En primer lugar, debemos destacar que en caso de una acción resarcitoria derivada de un **incumplimiento contractual**, el contratante con quien no se ha cumplido el contrato deberá aplicar al caso del reclamo el plazo de prescripción liberatoria que la ley le ha asignado. Así por ejemplo, si el daño se produjera al pasajero de un ómnibus del transporte público, como derivación de un accidente de tránsito producido por culpa exclusiva del chofer del bus –supongamos el caso de un choque del vehículo de transporte contra una columna de la vía pública, como consecuencia de una maniobra temeraria del chofer, sin que exista otro vehículo involucrado– los daños deberán ser reclamados dentro del plazo de un año contado desde el día del accidente, en razón de que éste es el plazo señalado por la ley para el caso puntual de los perjuicios derivados de ese contrato (111).

Por otra parte, suponiendo que no existiese norma expresa que prevea un plazo de prescripción para el contrato de que se trate, deberá recurrirse entonces al **art. 659 inc. e) del C.C.** (112), que actúa como una verdadera *norma de clausura o de cerramiento del sistema* para todas aquellas acciones personales que no tengan un plazo de prescripción liberatoria expreso y puntual, y en esos casos, el plazo de liberación del deudor será de diez años.

Por otra parte, el plazo de prescripción liberatoria es muy distinto cuando se trata de daños derivados de un **ilícito extracontractual**. En

---

(111) **Art. 666 C.C.** Prescriben por un año las acciones derivadas: a) del contrato de transporte, computado el plazo desde la llegada a destino de la persona, o en caso de siniestro, desde el día de éste. Tratándose de cosas, desde el día en que fueron entregadas o debieron serlo en el lugar de destino. Si el transporte ha tenido su principio o término fuera de la República, la prescripción tendrá lugar por el transcurso de diez y ocho meses;

(112) **Art. 659 C.C.** Prescriben por diez años: ...e) todas las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la ley.

todos estos casos, la acción prescribirá a los **dos años** (113) de encontrarse expedita la vía para plantear la demanda judicial pertinente (114).

Puede notarse entonces, claramente, que en este punto de los plazos de prescripción liberatoria existe una resaltante diferencia entre la **responsabilidad extracontractual** y la **responsabilidad contractual**, por lo menos en cuanto al régimen establecido en nuestro código civil paraguayo. Destacamos esto, pues el proceso de unificación de la responsabilidad civil que se ha instalado en algunos países hace que se haya también unificado el plazo de prescripción liberatoria para ambas responsabilidades, fijándolo en uno solo, como es el caso del código civil y comercial argentino que rige desde 2015 y que estableció un único plazo de prescripción liberatoria, tanto para la responsabilidad civil derivada de un ilícito extracontractual como para la indemnización derivada de un incumplimiento contractual, fijándolo en tres años (115).

### 10. Diferencia: La extensión del resarcimiento

La **extensión del resarcimiento** determina, en apretada síntesis, hasta qué punto está obligado a indemnizar el obligado a hacerlo. Ello significa que no toda consecuencia dañosa derivada de un hecho ilícito o de un incumplimiento contractual será indemnizable, ya que deberá limitarse la indemnización a aquellos daños que estén en *relación causal adecuada* con el hecho generador y que estén **dentro** del **rango** establecido en la ley. Por ende, si el daño se encuentra **fuera** de dicho **rango** no será indemnizable, aunque sea derivación material del evento dañoso.

---

(113) **Art. 663 C.C.** Se prescriben por dos años: ...f) la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos; y...

(114) **Art. 635 C.C.** La prescripción empieza a correr desde el momento en que nace el derecho de exigir. Si éste tiene por objeto una omisión, la prescripción comienza desde que se ha efectuado un acto contrario. La prescripción de la acción de garantía o saneamiento, la de los derechos condicionales, y la de los sometidos a plazo, se computan desde el día de la evicción, del conocimiento del vicio redhibitorio, desde el cumplimiento de las condiciones, o del término cierto o incierto, respectivamente.

(115) **Art. 2561 C.C. y C. argentino de 2015.** .... El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años....

A este respecto, cabe señalar que por expresas disposiciones del código xivil, la extensión del resarcimiento es diferente según el daño sea derivación de un **ilícito** extracontractual o sea derivación de un **incumplimiento contractual**. Analizaremos seguidamente las disposiciones del código civil que marcan dicha diferencia.

### 10.1. Extensión del resarcimiento en la responsabilidad civil extracontractual

El **art. 1856 del C.C.** (116) es el que marca la extensión del resarcimiento por un **ilícito extracontractual**.

Producido un daño como derivación de un hecho **extracontractual**, la extensión del resarcimiento puede abarcar tres tipos de consecuencias: a) las *consecuencias inmediatas*; b) las *mediatas previsibles* o normales según el curso normal de las cosas; y c) las *casuales* o mediatas no previsibles.

Esta denominación de las consecuencias y su consecuente definición, está tomada del **código de Vélez** (117) quien sin embargo, indicaba claramente que las llamadas *consecuencias mediatas* no deberían tener acoplada la palabra de “previsible” tal como lo hace nuestro código, pues según Vélez, dichas *consecuencias mediatas* son siempre **previsibles**, y su denominación debería ser sólo aquella de consecuencia mediata; por ello, a las **consecuencias mediatas** que no son previsibles las llamó *casuales*.

Las **consecuencias inmediatas** son aquellas que surgen **directamente** del evento dañoso, sin que sea necesario adicionarle nada más.

---

(116) **Art. 1856 C.C.** El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las *consecuencias inmediatas*, y las *mediatas previsibles*, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las *casuales*, salvo que éstas deriven de un delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho.

(117) **Art. 901 C.C. argentino de Vélez.** Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

Las **consecuencias mediatas** –reiteramos, llamadas en este **art. 1856, mediatas previsibles**– se dan cuando al hecho dañoso **se le adiciona o agrega otro hecho**, y como consecuencia de dicha adición se produce el perjuicio. Como ejemplo de una consecuencia mediata podríamos traer a la **pérdida de chance** que es un *daño emergente* causado a la víctima, en virtud de la cual ésta no ha obtenido un beneficio que podría haber obtenido de no haber mediado el hecho dañoso; pero para obtener dicho beneficio, debe sumarse al hecho dañoso, otro hecho: por caso, supongamos que una persona iba a participar en determinadas actividades lucrativas que se ven frustradas por un accidente de tránsito. En este caso, al hecho dañoso (accidente de tránsito) se le suma o adiciona el hecho que la víctima no podrá realizar la otra actividad lucrativa que tenía programada practicar y que le hubiera producido un beneficio.

Las **consecuencias causales**, que son las **mediatas no previsibles**, se producen, al igual que las **mediatas previsibles**, también cuando se suma o adiciona otro hecho distinto al hecho dañoso extracontractual, sin embargo, en este caso, la diferencia radica en que la consecuencia no pudo haber sido prevista por quien causó el daño. Por expresa disposición del **art. 1856**, estas **consecuencias casuales** solo serán indemnizadas cuando el perjuicio derive de un **delito** y éste estuvo en miras del agente. Cabe aclarar que el término **delito** que utiliza esta norma se refiere al **acto doloso**, sea o no penal. Por ende, bastará que el hecho sea doloso –aunque no sea un delito penal– para que la extensión del resarcimiento se extienda hasta las **consecuencias casuales** (118).

---

(118) “Como se aprecia del texto del artículo, la regla de imputación es distinta para el caso de los ilícitos llevados adelante con dolo o intención ya que se rebasa lo “mediato previsible” y se llegan hasta las consecuencias ‘casuales’. En efecto: cuando la obligación derive de un delito (palabra que debe ser entendida aquí, para insistir, como “acto ilícito civil doloso” y no como un “hecho punible” del código penal), se resarcirán según el artículo comentado asimismo las consecuencias “casuales”; esto es, las consecuencias que no podía prever ni el más brillante sujeto”. Código Civil de la República del Paraguay. Comentado. Tomo VI–B. Título VIII, Capítulo II “De la responsabilidad civil”. Editorial La Ley Paraguaya, Pág. 1235. Autor del comentario: **MORENO RODRIGUEZ ALCALA**, Roberto.

## 10.2. Extensión del resarcimiento en la responsabilidad civil contractual

Un incumplimiento contractual puede o no producir daños. En la eventualidad que los produzca, la parte que cumplió su parte del contrato podrá demandar el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, en ambos casos con los daños e intereses (119).

En el caso que el **incumplimiento contractual** efectivamente haya causado daños, la parte que incumplió devenida en deudora de la otra parte contractual, deberá abonar a ésta, en principio, solo por las **consecuencias inmediatas**, cuando dicho incumplimiento fuese meramente *culposo*.

El incumplimiento doloso del contrato no se presumirá y deberá ser debidamente acreditado en cada caso.

Las **consecuencias mediatas previsibles** serán debidas por la parte incumplidora del contrato sólo en caso que el incumplimiento sea **malicioso** (120). Nótese que el código civil utiliza esta palabra (*malicioso*), que es inusual dentro de su léxico, en un texto idéntico al código civil argentino de Vélez, reformado en 1968 (121), habiéndose omitido copiar también el texto del art. 520 de éste último código, omisión que no evita que la idea legislada sea perfectamente comprensible.

La doctrina debatió si el término “**malicioso**” utilizado por la norma tenía un alcance especial o debía interpretarse como **doloso**. Luego de un debate doctrinario importante, la doctrina mayoritaria llegó a concluir que

---

(119) **Art. 725 C.C.** En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas. Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamado éste, podrá exigirse de aquélla.

(120) **Art. 425 C.C.** Si la inejecución de la obligación fuese *maliciosa*, los daños e intereses comprenderán también las **consecuencias mediatas**.

(121) **Art. 520 C.C. argentino de Vélez. Reformado por ley 17.711/68.** En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

**Art. 521 C.C. argentino de Vélez. Reformado por ley 17.711/68.** Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

el término **malicia** equivale conceptualmente a **dolo**, a pesar que **Borda** – quien encabezara la reforma de 1968– haya sostenido que **malicia** era un **dolo calificado**, diferenciado del **dolo** por el hecho que el deudor no solo quería no cumplir la obligación sino que además quería causar un daño con dicho incumplimiento (122).

Debe decirse que la **prueba** del incumplimiento *doloso o malicioso* incumbe, en principio, a la parte que reclama –en el caso de que se haya planteado una demanda como consecuencia de dicho incumplimiento, incumbirá al actor– ya que el **dolo**, como se adelantó, **no se presume**.

Se ha mencionado que en el incumplimiento de un contrato –por lo menos, en los que se haya comprometido una *obligación de resultado*– la **culpa** del deudor se presume, y adquieren el carácter de una **responsabilidad sin culpa**, es decir de una **responsabilidad objetiva**. Por tanto, si se prueba que el contrato existe, que es válido –extremos que pueden ser **demostrados** incluso por falta de impugnación al respecto por la otra parte– se acredita que quien reclama la indemnización cumplió su parte y

---

(122) “637. El Dr. BORDA, cuya participación en la elaboración de la reforma ha sido notoria, consecuentemente con su criterio expuesto anteriormente (supra, nro. 628), señala que la sustitución de la palabra “maliciosa” en lugar de “dolosa” ha sido deliberada. Dice este autor que malicia no equivale a dolo, como por error se ha entendido. Malicia es un dolo calificado por alguna de las siguientes circunstancias: a) intención de causar un daño; b) indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas, que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento. En materia contractual, continúa dicho autor, incumplimiento doloso significa intención de no cumplir, y ese incumplimiento intencional, por sí solo, no tiene por qué ocasionar mayor responsabilidad que el incumplimiento culposo. Esta es la tesis sostenida con anterioridad por BORDA bajo la vigencia del anterior artículo 521”. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Ed. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina. Pág. 285.

“640. Coincidimos con BORDA en que la inejecución dolosa es aquella en que el deudor no cumple intencionalmente, sin adelantar por ello un propósito de perjudicar; pero pensamos, por el contrario, que este concepto no se diferencia de la inejecución maliciosa, y que, por lo tanto, cuando el deudor incurre en dolo, su responsabilidad es alcanzada por lo preceptuado en el artículo 521: “ ... los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Ed. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina. Pág. 286.



se alega que la otra parte no cumplió con la suya, será la deudora la que deba demostrar que también cumplió con la suya, o que no le fue posible cumplir por alguna eximente: caso fortuito o fuerza mayor. En estas **obligaciones de resultado**, no le es suficiente al deudor demostrar su **diligencia o su falta de culpa** para excusarse. Si el deudor no demuestra el caso fortuito o la fuerza mayor, podrá entonces presumirse que el deudor incumplió el contrato por un hecho atribuible al mismo, es decir, por su **culpa**, por ello es que se dice que **la culpa del deudor se presume** en los **incumplimientos contractuales de resultado**.

Por otra parte, si la obligación contractual fuese **de medios** –como el caso de ciertas profesionales liberales– habrá de demostrarse la **culpa** de los obligados para constreñirlos al pago de un resarcimiento, pudiendo los mismos desobligarse probando nuevamente el caso fortuito o la fuerza mayor o incluso su *falta de culpa*, es decir, demostrando que **han obrado diligentemente** a pesar de no haber obtenido el resultado que la otra parte habría pretendido.

Entonces, puede decirse que **el dolo del obligado contractual nunca se presume, debe ser probado**. Dicho dolo debe ser demostrado, se reitera en principio, por quien pide la extensión del perjuicio hasta las consecuencias **mediatas previsibles** (123).

Queda también con esto en claro que en los **incumplimientos contractuales**, en ningún caso se responderá por las **consecuencias casuales**, es decir, por aquellas **consecuencias mediatas no previsibles**.

## 11. Diferencia: acciones que pueden promoverse

Una de las diferencias que se destaca en relación a los incumplimientos contractuales y a los daños extracontractuales es la referente a las acciones judiciales que derivan de cada una de ellas.

---

(123) “785. La parte que alega el dolo puede emplear toda clase de medios probatorios y salvo la confesión del deudor no se podrá lograr una prueba directa de la existencia del dolo. que no es sino un fenómeno de la conciencia”. **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Ed. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina. Págs. 336/337.

### 11.1. Hecho dañoso extracontractual

Si los daños proviniesen de un **hecho extracontractual**, a la víctima le queda en principio, sólo una acción: la **acción de indemnización**. Hacemos una abstracción de la carga de la prueba que incumbirá en cada caso, pues ese tema será tratado en el apartado correspondiente.

Sin embargo, producido el daño extracontractual, será la **acción de indemnización** la que planteará la víctima, reclamando que le paguen por los daños y perjuicios que deriven del hecho dañoso, sea que el mismo se haya producido por hecho propio del victimario, por hecho de otra persona, o como consecuencia de una cosa o actividad riesgosa.

### 11.2. Incumplimiento contractual

Por otra parte, si se produjese un **incumplimiento contractual**, la parte afectada podrá plantear varias acciones, conjunta o aisladamente.

Al respecto, cabe decir previamente que la inexecución de un contrato puede ser, por una parte, **absoluta o definitiva**, o por la otra, **relativa**.

La **inexecución absoluta o definitiva** implica que el deudor no ha realizado la prestación a favor del acreedor, y en adelante ya no podrá hacerlo, sea por una **imposibilidad material de cumplimiento** (124), o porque el cumplimiento del contrato ya no será del legítimo interés del acreedor hecho fuera del plazo en que debía ser cumplido, aunque sea todavía materialmente factible cumplir la obligación (125). En este último caso, el **cumplimiento tardío** podría considerarse como **absoluto o definitivo**.

---

(124) Pensemos en el ejemplo de quien debía entregar una *cosa cierta*, definida por nuestra ley como aquella que está *individualmente determinada*, y ésta, por su culpa, se pierde o se destruye. En este caso, la imposibilidad material o física de la entrega de la cosa, hará que el incumplimiento se considere **absoluto**.

(125) Pensemos en el caso de la modista que se comprometió a hacer un traje de novia para una fecha específica; la modista incumple su prestación y no entrega el vestido en la fecha de la boda, pero alega que puede cumplirlo luego del vencimiento del plazo, ya que es materialmente posible realizar la confección prometida. En este caso, se medirán los efectos agraviantes como un **incumplimiento absoluto**, aún cuando su prestación posterior fuese posible, porque pasada la fecha de la boda, el cumplimiento tardío ya no corresponde a un interés legítimo de la acreedora.

Cabe señalar que no debe confundirse el incumplimiento **absoluto** con el incumplimiento **total** de la prestación, porque pueden darse casos en los cuales el cumplimiento sea **parcial**, y de todos modos habrá que considerárselo como **absoluto** (126).

Puede darse también que exista un **incumplimiento total** pues el deudor no realizó la prestación ni siquiera parcialmente, pero dicha prestación puede ser factible de ser cumplida posteriormente, estando el acreedor interesado en dicho cumplimiento aún fuera del plazo en que debía cumplirse, por lo que, en ese caso, se estará ante una **inejecución relativa, provisoria o mora**, que de todos modos compromete al deudor tanto al cumplimiento de la obligación como a las eventuales consecuencias indemnizatorias (127). En este caso, el **cumplimiento tardío** no será absoluto, sino relativo.

Por tanto, debe diferenciarse entre la *extensión* del incumplimiento – que puede ser total o parcial– y que dicho incumplimiento sea **absoluto o relativo** (128).

Por otra parte, el **cumplimiento del deudor** puede ser **defectuoso** –especialmente en las obligaciones de hacer– y en ese caso, la prestación del

---

(126) Puede traerse a colación como ejemplo el caso de un deudor que se comprometió a entregar al acreedor las distintas piezas de una máquina; supongamos también que este deudor entrega varias de dichas piezas, pero incumple en entregar otras, omisión que impide en consecuencia armar la máquina y utilizarla en el momento en que el acreedor lo requería, no teniendo interés el mismo en utilizar la máquina en un momento posterior al pactado para la entrega de todas las piezas. Hay aquí un cumplimiento **parcial** del deudor, ya que entregó algunas de las piezas debidas, pero que determinaría las consecuencias de un auténtico incumplimiento **absoluto**, pues a pesar del pago de parte de la deuda, al acreedor le interesaba sólo el pago completo en un momento específico, ya que la máquina no estando completa, de nada sirve al acreedor.

(127) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación....

(128) Es correcta la doctrina cuando afirma que “el incumplimiento será definitivo cuando se constata que la obligación ya no habrá de cumplirse”. **GAUTO BEJARANO**, Marcelino. Tratado de las Obligaciones. I. Intercontinental Editora. Asunción. Año 2011. Pág. 136.

deudor de una forma que no satisfaga la expectativa del acreedor generará consecuencias a cargo del deudor.

### 11.2.1. Cumplimiento forzado del contrato

La parte afectada podrá plantear, en primer término, el **cumplimiento forzado del contrato** (129), y pedir que la otra parte cumpla con su obligación, dando, haciendo o dejando de hacer aquello a lo cual se había comprometido, siempre y cuando ello sea materialmente posible y corresponda al interés del acreedor (130).

Esta acción de **cumplimiento de contrato** implica para su procedencia ciertos presupuestos que ya anticipáramos: que el cumplimiento sea materialmente posible, pues en caso contrario –por ejemplo, de haber desaparecido o extinguido la cosa cierta que debía entregarse, por culpa o dolo del deudor (131) –ya no será viable exigir el cumplimiento, así como no sería

---

(129) **Art. 725 C.C.** En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a **pedir la ejecución del contrato**, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas. Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamado éste, podrá exigirse de aquélla.

(130) Como **ejemplo** pensemos en el caso de una persona que se obliga con otra a escriturar un bien inmueble. No cumple el deudor, y por ende, el acreedor tiene la acción de **cumplimiento de contrato** de modo tal a obligarle a formular la correspondiente escritura pública, y en caso de no hacerlo, que la misma se haga judicialmente, a tenor del **art. 701 del C.C.**

**Art. 701 C.C.** Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmado aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad. Estos actos, como aquéllos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer. El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubieren convenido que el acto no valdría sin la escritura pública.

(131) Al respecto debemos recordar que si la prestación se volviere imposible sin culpa, dolo ni mora del deudor, la obligación se extinguirá por **imposibilidad de pago**.

razonable que se pida el cumplimiento cuando éste ya no interese al acreedor, por ser determinante el *tiempo* en que debía producirse la prestación, como el caso de la modista que debía entregar un vestido de novia en un momento puntual, o el del cantante que se comprometió a producir una actuación en determinada fecha, careciendo de interés para el acreedor que el artista actúe en otro momento, pues debía hacerlo en una fiesta específica que debía realizarse en cierto día puntual.

Planteado el **cumplimiento forzado del contrato**, surge la pregunta: entre otros extremos, *¿qué debería probar el acreedor para que sea viable la demanda?* Si fuere un *contrato bilateral*, el acreedor debería probar el propio cumplimiento u ofrecer cumplirlo (132); pero en todos los casos, el acreedor debería probar **el título de la obligación**, extremo que se acredita con la prueba de la existencia del contrato, prueba que pasa muchas veces por la presentación del **instrumento** en el que está redactado el contrato, pero que admite igualmente otras pruebas, cuando el contrato no se realizó por escrito. Probada la **existencia del contrato**, al **acreedor** le

**Art. 426 C.C.** El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, **cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor**, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

**Art. 628 C.C.** La obligación se extingue cuando por una causa física o jurídica no imputable al deudor, anterior a su constitución en mora, se hace imposible la prestación que constituye el objeto de ella. Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, en tanto ella exista no es responsable del retardo de su cumplimiento. No obstante, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título o a la naturaleza de su objeto, el deudor no puede ser considerado obligado a ejecutar la prestación o el acreedor no tenga ya interés en conseguirla.

**Art. 721 C.C.** Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, **y sin culpa de ninguna de las partes**, la prestación se **hiciera imposible**, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto. Si la contraprestación hubiere sido efectuada en todo o en parte, se la restituirá según las reglas generales de este código.

(132) **Art. 719 C.C.** En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación....

bastará alegar que el **deudor** incumplió y corresponderá a la otra parte – es decir, al **deudor**– probar que también cumplió (133), o que no pudo cumplir por un motivo no imputable al mismo, según el tipo de obligación que había asumido, ya que si asumió una **obligación de medios** el deudor se liberará probando su propia diligencia (134) –o no probándosele culpa o dolo, dicho esto según quién tenga la carga probatoria de probar– pero también se liberará probando caso fortuito, fuerza mayor o culpa ajena. Sin embargo, si el deudor estaba comprometido en una **obligación de resultados** el deudor se liberará probando únicamente el caso fortuito o la fuerza mayor o la culpa ajena (135).

Una particularidad sobre este punto de la prueba del cumplimiento de la obligación por parte del deudor se presenta en las **obligaciones de no hacer**, en las que se cuestiona quién debe probar que se hizo aquello que constituía el objeto de la obligación. Sobre el punto, puede sostenerse que en estos casos no es el deudor debe probar que no hizo lo que no debía hacer, pues se trata de la prueba de un *hecho negativo*, y por ende, corresponde al

---

(133) La prueba del pago incumbe en principio, al deudor. Es el deudor el que tiene que probar que pagó, y presentar al respecto las pruebas del pago. Esta posición es igualmente armónica con lo preceptuado por el art. 249 del C.P.C. que dispone: **Art. 249. Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido** o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

(134) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios **que su dolo o su culpa irrogare** al acreedor en el cumplimiento de la obligación....

Interpretado este artículo, entendemos que si la norma dispone que el deudor responderá por los factores subjetivos, no responderá cuando estos factores subjetivos no se presenten. Por ende, se encuentra implícita en la norma del 421 la exención de la **falta de culpa**, cuando el deudor haya actuado diligentemente en las **obligaciones de medio** y, por tanto, el deudor, probando su propia diligencia –o no probándole su negligencia o dolo– no afrontará el deber de indemnizar.

(135) **Art.426 C.C.** El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, **cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor....**

acreedor probar el incumplimiento del deudor, es decir, debe probar que hizo aquella abstención a la que estaba obligado (136).

### 11.2.2. Resolución del contrato

Si la parte afectada por el incumplimiento del contrato **no** solicitara el **cumplimiento** del mismo, podría pedir su **resolución**, es decir, que se deje sin efecto el mismo como consecuencia –precisamente– del incumplimiento de la otra parte.

La **resolución** es la forma de extinción del contrato que se da por el acaecimiento de una circunstancia sobreviniente que fuera prevista por la ley o que han previsto las *partes* en el momento de concluir *el acto jurídico* contractual.

#### 11.2.2.1. La resolución por causa legal

La **resolución del contrato por causa legal** se produce por el *incumplimiento ilícito* de la prestación que le correspondía a una de las partes.

Producido dicho incumplimiento, la ley otorga a la otra parte la prerrogativa de disolver el contrato imputando culpa a la parte que incumpliera. Sin embargo, debe decirse que el *incumplimiento ilícito* de la parte debe ser sustancial o esencial, es decir, debe revestir tal importancia que haga que la otra parte pierda interés en el cumplimiento ulterior de la prestación en cuestión, aún cuando éste sea factible.

---

(136) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, José, LOPEZ CABANA Roberto. *Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales. 1ª. Edición. 1ª Reimpresión*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1996. Págs. 122/123. “I. Carga de la prueba. 281. Principio. La prueba del pago incumbe al deudor pues cuando el acreedor ha demostrado la existencia de la obligación, aquél debe acreditar el hecho del pago que invoca, por aplicación de las reglas generales en materia de carga de la prueba (art. 377, Cód. Proc). 282. Excepciones. Pero tal regla no tiene virtualidad en algunos casos: (1) En las obligaciones de no hacer, supuesto en el cual el acreedor debe probar el incumplimiento de la abstención, es decir, la acción que debió omitir el deudor: éste paga absteniéndose simplemente. (2) Si el pago es invocado por el tercero que afirma haberlo realizado. Claro está que si quien afirma que hubo un pago es el propio deudor, tiene vigencia la regla general. Sobre el caso de las obligaciones de medios, ver número 446”.

La prerrogativa de dejar sin efecto este acto jurídico incumplido, por decisión de la otra parte se conoce como **pacto comisorio** (137). Dicho *incumplimiento* otorga al afectado no solo la potestad de decidir la *ineficacia* del contrato, sino también de reclamar la correspondiente indemnización de daños (138) derivado de aquel.

### 11.2.2.2. La resolución por circunstancia introducida por las partes

La **resolución** por circunstancia introducida por las partes en el contrato se da cuando han sido incluidos en el acto jurídico el plazo resolutorio o la condición resolutoria.

Tanto el **plazo** como la **condición** –además del llamado **modo o cargo** (139) –son **modalidades** de los actos jurídicos (140). Como **modalidades** son elementos que las partes introducen a los actos jurídicos en

---

(137) “120. PACTO COMISORIO. –En los contratos bilaterales –de prestaciones recíprocas– la ley prevé un remedio a favor del contratante diligente frente al remiso, sin perjuicio de la exigencia judicial de imponer a éste el cumplimiento de sus obligaciones convencionales, que consiste en la posibilidad de desvincularse por vía de resolución. Debemos recordar que ésta es una de las modalidades de extinción de los contratos (art. 1200, Cód. Civil)”. **GHERSI**, Carlos. Contratos Civiles y Comerciales. Partes General y Especial. Obra en colaboración. Autores del Capítulo XV. Inés Molina y Jorge Talah. Tomo I. 4ª Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pág. 363.

(138) **Art. 725 C.C.** En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas. Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamado éste, podrá exigirse de aquélla.

**Art. 726 C.C.** Las partes pueden pactar que el contrato bilateral se resuelva si una obligación no se cumple en la forma estipulada. En tal caso, el contrato quedará extinguido desde que el interesado haga saber al moroso su decisión de resolverlo.

(139) Véanse los arts. 328 al 333 del código civil.

(140) “1043. Concepto. Es difícil hallar el rasgo común que permita unir sistemáticamente la condición, el plazo y el cargo bajo el concepto de modalidades de



forma voluntaria como *accidentales*, privando algo de la plenitud que tienen dichos actos jurídicos.

El **plazo** es la modalidad introducida al acto jurídico por las partes, por la que se supedita a un acontecimiento **futuro y cierto** el *nacimiento* –plazo suspensivo– o la *extinción* –plazo resolutorio– de los efectos de los actos jurídicos. Nótese que hablamos de **acontecimiento** porque si bien usualmente sometemos los actos jurídicos al **tiempo** cuando introducimos algún **plazo** en aquellos, no es menos cierto que será **plazo** todo hecho que forzosamente deba suceder, en forma necesaria e inevitable, como sería, por ejemplo, la **muerte** de una persona, o el advenimiento de un fenómeno natural que habrá de ocurrir, como un **eclipse lunar**. Probablemente las partes del acto jurídico no conozcan el día en que sucederán –tanto la muerte de esa persona o el próximo eclipse lunar– pero esos acontecimientos forzosamente sucederán alguna vez y, por ende, los actos sometidos a dichos eventos que inevitablemente sucederán, están supeditados a un **plazo**. En ese sentido, si se formulara un acto jurídico sometido a la muerte de una persona –como **por ejemplo** la renta vitalicia o el usufructo vitalicio– estos actos jurídicos estarán sometidos a un plazo y no a una condición, puesto que la muerte de la persona a favor de quien se estableció la renta o el usufructo forzosamente acontecerá algún día.

La **condición**, por su parte, es la modalidad que las partes introducen al acto jurídico por la que se supedita a un acontecimiento **futuro e incierto** el nacimiento –condición suspensiva– o la extinción –condición resolutoria– de los efectos de los actos jurídicos. Nótese que la diferencia entre la **condición** y el **plazo** está en la certidumbre de que éste último ocurrirá forzosa e inevitablemente. Por lo tanto, aquello que no se sabe si sucederá o no será **condición** y no **plazo**.

---

los actos jurídicos. De una manera general, se podría definir las como aquellas estipulaciones accesorias de un acto jurídico que restan algo de su plenitud a la obligación principal, sea haciendo insegura su existencia, o limitando su exigibilidad en el tiempo, u obligando a quien resulta titular del derecho al cumplimiento de una prestación accesorias. Pero como bien lo hace notar BUSSO, dentro de este concepto caben otras estipulaciones accesorias, y si, en definitiva, la condición, el plazo y el cargo se tratan conjuntamente, es, sobre todo, por razones de tradición jurídica.” **BORDA**, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General II. 8ª Edición actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 251.

Seguidamente haremos referencia más detallada al **plazo resolutorio** y a la **condición resolutoria**, que tienen como efecto la **extinción** del acto jurídico en los cuales han sido introducidos por las partes.

#### 11.2.2.2.1. Plazo resolutorio

Los actos jurídicos pueden estar sometidos a plazos resolutorios. Los *plazos* –según sean *suspensivos* o *resolutorios*, respectivamente– difieren en el tiempo ora el nacimiento, ora la extinción de los efectos de que producen dichos actos jurídicos, supeditándolos a hechos, acontecimientos o eventos que son **futuros** y que ocurrirán necesariamente, por lo tanto, son **ciertos**.

Usualmente estos **hechos futuros y ciertos** son *fechas del calendario*, ya que normalmente y por motivos de practicidad, las partes utilizan dichas **fechas** para fijar los momentos de nacimiento o de extinción de los actos jurídicos. Así, pensemos en los casos recurrentes de los **pagarés** que se firman por miles todos los días, o los **contratos de alquiler de inmuebles**, en los cuales las partes ponen **fechas precisas** para establecer el momento en que estos actos jurídicos nacen y cuando los mismos concluyen. Sin embargo, debemos señalar también que los **plazos** pueden no estar establecidos en **fechas precisas** y, por otro lado, pueden estar marcados por *acontecimientos* que, sin corresponder a un día cierto en el calendario, ocurrirán necesariamente, aunque no se conozca con antelación el momento en que se producirán, como sería el caso de la **muerte** de una persona (141).

Como **ejemplos** de actos jurídicos en los cuales las partes han previsto *plazos resolutorios* pueden encontrarse –entre muchísimos otros– en

---

(141) Como ya se ha señalado, los contratos de **renta o usufructo vitalicios** son **ejemplos** de contratos que no tienen una fecha fija de conclusión, pero que igualmente están sometidos a *plazos*, pues en estos contratos el *plazo resolutorio* se encuentra en un hecho que es ineludible: la *muerte* de una persona, que es un acontecimiento que ocurrirá en forma inevitable, aunque no se sepa la fecha en que ésta acontecerá. Por ende, siendo la muerte un hecho necesario, se considera que el acto jurídico está sometido a plazo y no a una condición como podría equivocadamente considerarse.

Al respecto, el **Art. 334 C.C.**, establece: Podrá establecerse que el efecto jurídico de un acto no sea exigible antes de vencer el plazo, o que se extinguirá al término de éste. Dicho término podrá referirse a una fecha dada o a un **acontecimiento futuro que se producirá necesariamente**.

los *contratos de locación* o de *seguro*. Estos contratos tienen una vigencia específica, por lo que llegado el *término* el contrato deja de tener eficacia.

#### 11.2.2.1.1. Efectos del plazo resolutorio

Producida la extinción como consecuencia del **plazo resolutorio**, los efectos del acto jurídico se descontinúan. Las partes nada deben devolverse, como consecuencia de la extinción del acto jurídico, a diferencia de los efectos que se producen cuando el acto jurídico se extingue por **condición resolutoria**, cuando las partes sí deben devolverse aquello que recibieron.

Por ende, extinguido el acto jurídico como consecuencia del **plazo resolutorio**, no se retrotrae el acto jurídico al momento anterior a su celebración, sino que simplemente se impide que continúen los efectos del acto jurídico, sin que las partes tengan la obligación de devolverse nada. Piénsese, como **ejemplo**, en el caso de un **contrato de locación de inmueble** –sometido a *plazo resolutorio*– ya que extinguido el mismo por el transcurso del tiempo, las partes –locador y locatario– nada deben devolverse, simplemente el acto jurídico extingue sus efectos a partir de ese momento.

#### 11.2.2.2. Condición resolutoria

El acto jurídico puede estar también sometido por voluntad de las partes a una *condición resolutoria* (142).

De esta manera, la vigencia del acto jurídico está supedita a un hecho que también será **futuro** –a similitud del plazo resolutorio– pero que, en el caso de la condición resolutoria, será **incierto**, y solo ante su producción se **extinguirán los efectos** del acto jurídico.

Una vez extinguido el acto jurídico, debe restablecerse el estado que tenían las cosas antes de celebrarse el acto jurídico y restituirse lo que se hubiera entregado en relación a la obligación allí concertada (143).

---

(142) **Art. 318 C.C.** En los actos jurídicos las partes podrán subordinar a un acontecimiento futuro e incierto la existencia o la resolución de sus efectos.

(143) **Art. 322 C.C.** Si la relación de derecho fuere subordinada a una condición resolutoria, sus efectos cesan por el cumplimiento de ella. A partir de este momento se restablece el estado anterior a la celebración del acto. Debe restituirse lo que hubiere recibido en virtud de la obligación.

#### 11.2.2.2.1. Efectos de la condición resolutoria

La extinción del acto jurídico por aplicación de la *condición resolutoria* tiene efecto *ex tunc*, es decir, **retroactivo al momento del nacimiento del acto jurídico**, por lo tanto, producida la extinción por esta vía, por disposición de la ley, se restablece el estado de cosas vigente al momento anterior a la celebración del acto jurídico, lo que obliga a las partes a restituirse recíprocamente lo que hubieren recibido de la otra (144).

Aquí se distingue claramente el efecto de la **condición resolutoria** del **plazo resolutorio**, pues extinguido el acto jurídico por esta última vía —el plazo resolutorio— no se retrotrae el acto jurídico al momento anterior a su celebración, sino que simplemente se impide que continúen los efectos del acto jurídico, sin que las partes tengan la obligación de devolverse nada (145).

Por ende, en esto se diferencia la **condición resolutoria** no solo del plazo resolutorio sino también de la *rescisión* y de la *revocación*, que tienen también efecto *ex nunc*.

#### 11.3. Indemnización de daños

Quien se sienta perjudicado por el incumplimiento del contrato de la otra parte, podría peticionar también —conjuntamente con las acciones de **cumplimiento o de resolución**— la demanda de **indemnización de daños**, derivada también del mismo incumplimiento **contractual**.

Sin embargo, debe ponerse de resalto que esta acción de **indemnización** tiene requisitos de fundabilidad *distintos* a los de la **acción de cumplimiento o de resolución**, ya que en caso que se haya demandado el *cumplimiento*, lo que debería probar el actor para obtener una sentencia favorable es la existencia del contrato, correspondiendo a la otra parte la prueba

---

(144) Art. 322 C.C. Si la relación de derecho fuere subordinada a una condición resolutoria, sus efectos cesan por el cumplimiento de ella. A partir de este momento se restablece el estado anterior a la celebración del acto. Debe restituirse lo que hubiere recibido en virtud de la obligación.

(145) Recuérdese el ejemplo del caso del **contrato de locación de inmueble** que está sometido a **plazo resolutorio**, y que extinguido por esa vía, sólo tiene como efecto discontinuar los efectos del acto jurídico a partir de ese momento, sin obligar a las partes a hacerse devoluciones.

del pago –excepción hecha, como se dijo, en las obligaciones de no hacer– o la de la imposibilidad del pago por un motivo no imputable a la misma. Sin embargo, para obtener una sentencia favorable de **indemnización** no será suficiente que el acreedor pruebe la *existencia del contrato* y alegue el *incumplimiento*, sino que deberá acreditar que ese incumplimiento le produjo un **daño**, y que además se hallan reunidos todos los demás requisitos de toda obligación indemnizatoria, es decir, el ya citado **daño**, la **relación de causalidad**, el **factor de atribución o imputabilidad** y la **antijuridicidad**.

#### 11.4. Acumulación de acciones

##### 11.4.1. Acumulación de la acción de indemnización a la de cumplimiento o resolución de contrato

La acción de **indemnización de daños** puede acumularse tanto a la demanda de **cumplimiento** como a la demanda de **resolución de contrato**. Esto surge claramente del texto de la ley (146).

Por tanto, la parte que no fuere culpable del incumplimiento podrá pedir que además del **cumplimiento** o de la **resolución**, según sea el caso, se le pague la **indemnización** por los daños y perjuicios que el **incumplimiento** le causó, sea que quiera igualmente que el contrato se cumpla –en el caso, tuvo que haber demandado el **cumplimiento**– o sea que quiera que el contrato se resuelva –en el caso, tuvo que haber demandado la **resolución**–.

Entendemos también que, en caso de **acumular** las demandas de **cumplimiento e indemnización de daños**, la admisión de la segunda de ellas estará supeditada –en principio– a la admisión de la primera, pues sería difícil concebir que se rechace la demanda de cumplimiento y se admita la indemnizatoria. Por ende, podría admitirse la demanda de cumplimiento y rechazarse la de indemnización, si hubiera mérito para la primera

---

(146) **Art. 725 C.C.** En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución **con los daños e intereses**, o ambas cosas. Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamado éste, podrá exigirse de aquélla.

—mandándose que el contrato se ejecute— pero no para la segunda, pero sería difícil concebir que se rechace la de cumplimiento y, sin embargo, se admita la de indemnización.

Por otra parte, si se plantean conjuntamente la demanda de **resolución** e **indemnización**, la admisión de cada una de ellas será materia de un análisis separado de conformidad a los méritos de cada una de ellas. Si se admitiese la de resolución y se dejase sin efecto el contrato, cabría estudiar los méritos de la demanda de indemnización de daños; por ende, de admitirse la demanda de resolución, debería estudiarse si la de indemnización es o no procedente, pero, de rechazarse la demanda de resolución, no sería viable, en principio, la de indemnización (147).

Cabe decir que se tiene asumido a nivel jurisprudencial que es imprescindible que la **indemnización** se demande conjuntamente con alguna de las otras dos pretensiones —**cumplimiento** o **resolución** (148)— solución

---

(147) Decimos que *en principio* la suerte de la indemnización estaría atada a la demanda de resolución, pues lo esperado es que de admitirse esta última se estudie si es viable —o no— la indemnización, pero si se rechazare la resolución, la indemnización debería correr la misma suerte.

Sin embargo, **Borda** sostiene una posición distinta y así, afirma que si el incumplimiento fuere de escasa envergadura podría rechazarse la resolución y admitir la indemnización, solución que nos parece correcta. *“INCUMPLIMIENTO PARCIAL. Cabe preguntarse si un incumplimiento parcial puede dar lugar a la acción por resolución. En principio, consideramos que la respuesta debe ser afirmativa. Por lo común, las obligaciones contenidas en los contratos son indivisibles; cada una de las impuestas a una de las partes ha sido tenida en mira por la otra al contratar. Pero ésta no es una regla absoluta. Si el incumplimiento es mínimo, si afecta sólo a partes accesorias del contrato, el juez está autorizado a rechazar la demanda por resolución y decidir la cuestión sobre la base de la indemnización de los daños derivados del incumplimiento parcial, manteniendo en pie el resto del contrato”*. **BORDA**, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Contratos I*. 5ª Edic. actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 247.

(148) En este fallo, el Tribunal que resolvió la causa —en voto del Dr. Riera Hunter— mencionaba que, en ese caso puntual y concreto, no era necesario demandar la resolución del contrato conjuntamente con la indemnización, **porque el contrato ya se había extinguido previamente**. De esta posición, surge en claro que, **de no haberse dado la extinción del acto jurídico, debería haberse deducido conjuntamente la demanda de resolución con la de indemnización**. Al

---

respecto, el voto aludido decía: *“El argumento esgrimido por la parte demandada en el sentido de que actor carece de legitimación activa por no haber promovido, conjuntamente con esta demanda, la resolución de contrato no puede ser admitido por esta Magistratura. Es verdad, por una parte, que el art. 725 del CC establece que en caso de incumplimiento contractual por parte de uno de los contratantes se autoriza al otro que no sea responsable de él a “pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas”. Pero, por otra parte, resulta claro que en el caso en estudio el actor no tenía por qué demandar la resolución del contrato celebrado con la parte accionada desde el momento en que ésta, sobre la base de la cláusula 9ª del contrato de fs. 1-4 de autos, decidió rescindir unilateralmente el contrato, el cual, obviamente, en estas condiciones, no podía ser objeto de una demanda de resolución por iniciativa de la actora. No es posible pretender la resolución judicial de un contrato ya rescindido privadamente por aplicación de una de las cláusulas contractuales. Por lo demás, la circunstancia así configurada no constituye impedimento legal para que el hoy actor promueva esta acción resarcitoria. Si así fuese bastaría que un contratante desleal – anticipándose a una eventual demanda de resolución de contrato y daños y perjuicios – rescinda el contrato unilateralmente para poder luego pretender el rechazo de la acción resarcitoria que le fuese promovida por el otro contratante. Por último, cabe señalar que el contratante afectado por el incumplimiento del otro, si no demanda la ejecución del contrato, no se encuentra obligado a demandar la resolución del mismo y también – necesariamente – daños e intereses, pudiendo demandar solamente la resolución del vínculo contractual, o bien, ante la inexistencia de éste por rescisión privada, demandar solamente la indemnización de los daños e intereses, como es precisamente el caso de autos”. Ac. y Sent. Nº 48.07/09/2010. Juicio: “Juan Pedro Schaerer c/ Jockey Club del Paraguay s/ Indemnización de daños y perjuicios”.*

Del voto de la Dra. Valentina Nuñez: “En lo que respecta al fondo, el derecho a ser indemnizado nace con la relación contractual y permanece vigente hasta que prescriba. La resolución normada en el art. 725 del CC sólo permite al contratante diligente desobligarse de un convenio que por inexecución o ejecución deficiente, no lo ofrece los beneficios que originariamente perseguía. Ahora bien, si el contrato se disolvió por otra causa (en la especie la rescisión unilateral de parte de la contraria) antes de prescripta la acción del afectado por el incumplimiento, desde luego quedará revelado de demandar la extinción (lo que sería sobreabundante y superfluo), pero de ninguna manera puede ser privado de su derecho a ser resarcido, solo por una interpretación antojadiza de la contraria, de que quien hoy demanda ese derecho, debió promover previamente la resolución de un contrato que ya se encontraba

que no compartimos totalmente, pues concebimos que existen situaciones en las que cabría solamente la indemnización, sin que sea necesariamente viable ni el **cumplimiento** ni la **resolución** (149).

#### 11.4.2. Acumulación de las demandas de cumplimiento y resolución de contrato

Cabe señalar que el código civil establece un régimen de acumulación entre estas acciones de **cumplimiento** y de **resolución de contrato**. Se extrae de la ley que pueden plantearse ellas en forma conjunta, pero no ambas como principales. Así se pidiera el cumplimiento, podría pedirse subsi-

---

rescindido. ¿Qué sentido tendría reclamar la resolución de un contrato que ya se encontraba rescindido por voluntad de una sola de las partes si lo que se pretende es la satisfacción del daño ocasionado por dicha decisión? La indemnización en todo caso se condicionaría a la extinción del contrato, antes que a la demanda resolutoria del perjudicado. Esta será forzosa si el vínculo está vigente, pero anodina si ya ha expirado”. Ac. y Sent. N° 48.07/09/2010. Juicio: “Juan Pedro Schaerer c/ Jockey Club del Paraguay s/ Indemnización de daños y perjuicios”.

(149) Cabría considerar **este supuesto**: supongamos que existe un contrato de **tracto sucesivo** entre las partes, el que viene ejecutándose normalmente. En un momento de la línea de tiempo, la prestadora del servicio incurre en un **retraso** en la prestación que tiempo después regulariza. El hecho de la mora causó a la otra parte ciertos daños. Ambas partes están de acuerdo en que a pesar del retraso producido en un momento de la prestación del servicio, el contrato debe continuar, pues a ambas partes les interesa que prosiga. Sin embargo, el afectado demanda por los daños que le produjo el retraso momentáneo en la prestación del servicio y manifiesta en su demanda que a pesar de la demanda indemnizatoria, el contrato viene ejecutándose normalmente. El accionado tampoco reclama que el contrato quede sin efecto, y discute solamente la indemnización que le reclama su contraparte. La pregunta que surge entonces es: si ambas partes están de acuerdo en que el contrato continúe, expresa o tácitamente ¿por qué habría de demandar la actora o la resolución o el cumplimiento para viabilizar la demanda indemnizatoria, ya que ninguna de las partes quiere resolver el contrato y el mismo se está cumplimiento normalmente?

Además, recuérdese el extremo indicado por **Borda**, en **BORDA**, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Contratos I*. 5ª Edic. actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 247.



diariamente la resolución del contrato, de modo que no admitida la demanda de cumplimiento podría admitirse la de resolución y dejarse sin efecto el contrato. Pero no puede solicitarse la resolución y subsidiariamente el cumplimiento. Esto es entendible desde el punto de vista lógico, pues trata de conservarse el **principio de no contradicción** en el tema, ya que no sería atendible que el actor de la demanda pida que el contrato se deje sin efecto –resolución– para pedir subsidiariamente que ese contrato –cuya muerte solicitó– se cumpla, lo que implica la petición intrínseca que se lo mantenga con vida. Sin embargo, establecer el orden inverso sí es lógicamente sostenible, pues es admisible que se pida el cumplimiento del contrato, y ante la imposibilidad de darse dicho cumplimiento, que el juez lo deje sin efecto (150).

## **12. Diferencia: El origen de las consecuencias indemnizatorias**

Existe una diferencia que suele pasar imperceptible, pero que es digna de mención: el origen de las consecuencias indemnizatorias.

### **12.1. Origen de las consecuencias indemnizatorias extracontractuales**

Producido un **daño extracontractual**, a fin de determinar quién habrá de responder por el mismo, se parte siempre del estudio de un hecho: del **hecho que dañó**.

En todos los casos que serán tratados seguidamente se ha producido un **daño extracontractual**. A fin de determinar **quién** responderá por las

---

(150) **Art. 725 C.C.** En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas. Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamado éste, podrá exigirse de aquélla.

**Art. 100 C.P.C. Acumulación objetiva de acciones.** El actor podrá acumular, antes de la notificación de la demanda, todas las acciones que tuviere contra una misma persona, siempre que: a) no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra, salvo el caso en que se promueva una como subsidiaria de la otra; b) correspondan a la competencia del mismo juez; y c) puedan sustanciarse por los mismos trámites.

consecuencias perniciosas habrá de analizarse puntualmente **cómo se produjo dicho daño**, y en ese tren deberá determinarse qué **características** tuvo el **hecho que dañó**, y por ende, habrá de establecerse y hasta clasificarse si el sujeto que causó el daño actuó con **culpa** o actuó con **dolo**, respondiendo en consecuencia, *subjetivamente*; o habrá de determinarse si quien causó el daño actuó **bajo dependencia o con autorización** de otro, o si el sujeto que causó el daño actuó usando una **cosa no riesgosa ni viciosa** que estaba bajo su guarda o era de su propiedad, o si la **cosa era o no riesgosa o viciosa**; o también se analizará si la persona que causó el daño tenía o no discernimiento, y en ese sentido si el sujeto que dañó era menor o incapaz y si vivía con sus padres, curadores o tutores, etc.

Por lo previamente expuesto, no es difícil concluir que la cuestión no es siempre sencilla, y en todos estos casos de **responsabilidad extracontractual**, para definir cuál será el **factor de atribución** de responsabilidad civil, **quién carga con la prueba de la culpa, del dolo o de la eximente**, cuáles serán las **eximentes** admisibles que permitan eludir la obligación indemnizatoria al sujeto llamado a responder y finalmente, **quién responde por el daño**; deberá analizarse **el hecho dañoso** y estudiar la mecánica o la secuencia de hechos en virtud de la cual se **produjo el daño en ese caso puntual y concreto**, ya que dadas esas **características** se deberá ubicar el caso en un factor de atribución de responsabilidad o en otro –factores subjetivos u objetivos– y éstos, a su vez, determinarán cuáles serán las eximentes permitidas en unos y en otros casos, y también a través de esa determinación se establecerá quién cargará con la prueba en el caso concreto, sea de la culpa o el dolo en la producción del hecho o de la eximente que libere al sujeto llamado a responder.

Ahora bien, es importante destacar que en la **responsabilidad extracontractual**, cualquiera sea la forma en que se dañó, se viola siempre y necesariamente, el mismo **deber general** impuesto a todas las personas: el **deber general de no dañar** (151).

---

(151) El hecho que el daño **extracontractual** contravenga siempre el **deber genérico de no dañar**, no excluye necesariamente que no se violen ciertos **deberes específicos**; tal sería el caso de una persona que maneja un vehículo y que cruza un semáforo con la luz roja encendida y por ello choca contra otro vehículo; en este caso, el infractor habrá violado el deber general de no dañar al otro, pero además

Pasemos seguidamente al análisis de los distintos **hechos** que producen **daños extracontractuales**.

### 12.1.1. El hecho culposo o doloso

En primer lugar, el **daño extracontractual** puede ser consecuencia del **hecho propio**, por ende, en este supuesto serán determinantes la **culpa** (152) o el **dolo** (153) de quien produjo el **daño**, y la consecuencia del mismo será atribuible directamente a quien realizó el perjuicio.

Tanto la **culpa** como el **dolo** (154) corresponden a la esencia de la **responsabilidad civil subjetiva**, y en ésta se hace un análisis de la **conducta** del sujeto que causó el daño, procediéndose a una *valoración* de dicha

---

habrá violado el deber específico de no transgredir una norma de tránsito que prohíbe cruzar con la luz roja. Aquel deber general de no dañar señala que es ilícito dañar a otro sin causa de justificación.

(152) **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. **Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.** La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

(153) El **código civil** no define el **dolo** en el ámbito de la responsabilidad civil, aunque sí define la **culpa**. Por ende, compete a la jurisprudencia y a la doctrina definir qué se entiende por **dolo** ante la omisión del código civil al respecto. Por ende, puestos en esa situación corresponde definir al **dolo** como el **daño causado intencionalmente** o con **notorio desdén por los intereses ajenos**, lo que implica la inclusión del **dolo eventual**. Cabe destacar que el **código civil y comercial de la República Argentina** del 2015 incluye al **dolo eventual** expresamente, dentro de la definición del **dolo**, en el **art. 1724** que en su parte pertinente dispone: *... El dolo se configura por la producción de un **daño de manera intencional** o con **manifiesta indiferencia por los intereses ajenos**.*

**Art.1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el **dolo** del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

(154) La distinción sustancial entre la **culpa** y el **dolo** radica en la *intención maléfica*. En el daño causado por **culpa** no existe intención *maléfica* pues quien daña por *culpa* no tiene la intención de perjudicar produciéndose el daño ya sea por

conducta humana, con el objeto de determinar si la misma fue correcta o no lo fue, desde la óptica de **cómo debió actuar** una *persona razonable*, como la llamó **De Gásperi** en su **Anteproyecto**.

Actuar con **dolo** o **culpa** implica que su agente obró **voluntariamente**, es decir, obró de tal manera que tenía *discernimiento* al momento de actuar, *intención* y *libertad* (155) y era, en consecuencia, plenamente **capaz** (156). Por tanto, en caso que el **daño extracontractual** lo produjese una persona **capaz**, obrando ésta con **dolo** o **culpa**, ese acto dañoso *extracontractual* repercutirá, en primer lugar, en esa misma persona que causó el daño, quien asumirá de ese modo una *obligación subjetiva* con la víctima por el llamado *hecho propio* (157).

### 12.1.2. El hecho ajeno

El daño puede provenir también del **hecho de una persona** que sin embargo, traslada la obligación indemnizatoria a otro, y es lo que conocemos como **responsabilidad por hecho ajeno**.

Supongamos el caso que el daño lo causara una **persona privada del discernimiento**, sea un menor de 14 años de edad (158), o un **incapaz**

---

negligencia, imprudencia o impericia. Por otra parte, el daño causado por **dolo** implica dicha *intención maléfica*, lo que lleva a que el autor del daño tuviera la intención de causar el mismo o que hubiera actuado con notorio desinterés por los derechos ajenos, concepto que incluye entonces al **dolo eventual**.

(155) **Art. 277 C.C.** Los actos voluntarios previstos en este código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno.

(156) **Art. 36 C.C. Modificado por el artículo 1 de la Ley N° 2.169/03.** La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido diez y ocho años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente.

(157) **Art. 1833 C.C.** El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente.

(158) Para el sistema establecido por nuestro código civil se establece una edad legal mínima idéntica tanto para la responsabilidad **contractual** como para

**mayor de edad** (159), en ambos casos, habitando los sujetos que causaron los daños con sus **padres, tutores o curadores**, respectivamente, o supon-gamos que quien causó el daño fue un **alumno o aprendiz** durante el tiempo en que están a cuidado de los directores de colegios o maestros artesanos. Producido el daño por **hecho ajeno**, la responsabilidad no se encamina —como en los daños por **hecho propio**— a quien lo produjo, sino hacia otra persona, señalada por la ley a asumir los efectos o consecuencias de esos hechos dañosos, y que son las ya citadas: padres, tutores, curadores, directores de colegio o maestros artesanos (160).

Por ende, en estos casos de **daños extracontractuales** será aplicable otro factor de atribución, llamado —como ya se anticipó— **responsabilidad por hecho ajeno**, en virtud del cual son los padres quienes responden por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad que habiten con ellos, encontrándose similar solución legal para el caso de los **incapaces mayores de edad** que comprometen la responsabilidad de sus **curadores** con quienes habitan; o incluso de **otros menores** que viven bajo el régimen de la tutela con sus **tutores**, siendo éstos —los **curadores** y los **tutores**— quienes responden por los daños ocasionados por dichos incapaces, y en último caso, por los **alumnos** de establecimientos responderán los **directores** de los mismos y por los **aprendices**, sus **maestros** (161).

---

la **extracontractual**: 14 años. Véanse los arts. 278 (para la responsabilidad **contractual**) y 1837 (para la **extracontractual**).

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

(160) Debemos señalar que existe una excepción a esta regla y se da en los casos en los que el daño es causado por el incapaz y que aquel no es reparado por la persona que la tiene a su cuidado, en cuyo caso, responderá el patrimonio del incapaz, situación regulada en el **art. 1850 del C.C.**

(161) **Art. 1843 C.C.** Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos. Los tutores y curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están a su cargo y habitan con ellos. Los directores de colegios y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su

### 12.1.3. El daño causado por hecho del dependiente o del autorizado

Supongamos el caso que un sujeto A causó un daño a otro sujeto B; en principio A tendría responsabilidad para con B, pero variaremos esta versión, suponiendo que A actuaba bajo **dependencia o con autorización** de otra persona, a la que llamaremos C.

En este caso, debemos también analizar nuevamente **cómo dañó** A a B—con culpa, con intención maléfica, actuando con cosa riesgosa, actuando con cosa pero no riesgosa, etc.— y establecida la conclusión que corresponda imputando a A una responsabilidad subjetiva u objetiva, trasladaremos los ojos hacia C y determinaremos que C, a pesar de no haber causado personalmente el daño, responderá también del daño causado por A por haber actuado éste bajo **dependencia o con autorización** de C (162).

Ante el acaecimiento de un evento dañoso protagonizado por una persona, se observó que en ciertos casos, ese obrar correspondería que sea respondido no solo por el causante del daño, sino por otra persona, de quien aquella que causó el perjuicio **dependía o que ejercía control** sobre la misma, o que la había **autorizado** a realizar la actividad que causó el daño (163). Ante estas situaciones se vio que era justo que no solo responda

---

custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella.

(162) **Art. 1842 C.C.** El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.

(163) Si bien es indiscutible que los hechos dañosos realizados por los empleados comprometen a sus patrones, y muchos casos discutidos en tribunales así lo señalan claramente(163) , la *relación laboral* no es la única que puede justificar la aplicación de este artículo, ya que pueden considerarse comprendidos los casos en los cuales una persona **autoriza** a otra el uso de una cosa de su propiedad, para beneficiarse con lo hecho por el autorizado o por motivos de simple comodidad. Piénsese en el caso de una persona que presta un vehículo a otra para que ésta última le

quien produjo personalmente el daño, sino también que lo haga otro, el **principal o autorizante**; para ello, la norma jurídica describió una situación específica que es aquella en virtud de la cual la persona *que ejercía el control o de quien dependía el causante del daño* sea también quien responda del perjuicio causado por el autor material del mismo, en aplicación del *deber de indemnidad* y para *garantizar* el mismo.

Surge del mismo **art. 1842 del C.C.** que establece dos supuestos distintos en su redacción normativa, pues involucra la responsabilidad del *principal* cuando se actúa “*bajo la dependencia o con autorización de otro*” lo que mueve a considerar que en ese segundo caso —el de la autorización— bastará que medie ésta para que el **autorizante** sea igualmente responsable del obrar dañoso del autorizado, sin que sea necesaria otro tipo de relación entre ellos.

La doctrina de la *garantía* pone entonces al **principal o autorizante** en el rol de garante por los actos dañosos de sus *dependientes* o *autorizados* cuando éstos actúen en el marco de las funciones asignadas a los mismos. Pero es de destacarse que para determinar la responsabilidad del **principal o autorizado** se hace un análisis del accionar del **autorizado o dependiente** y se trata de establecer la concurrencia de requisitos que son necesarios para que aquel responda: a) que exista una relación de dependencia o autorización entre quien causó el daño y el principal o autorizante; b) que el daño se produzca dentro del ámbito de las funciones del dependiente o dentro del ámbito de autorización del autorizado; y, c) que medie ilicitud en la conducta del dependiente o del autorizado.

Tratándose de un caso de responsabilidad civil por hecho del dependiente o autorizado, la norma impone una *inversión de la carga de la prueba*, estableciendo que la persona que es señalada en la ley como *responsable* por el accionar de otra persona sea quien debe probar que se ha producido alguna de las eximentes que también la ley prevé de modo tal a exonerarse

---

haga un favor personal o un encargo privado puntual. En este supuesto, habrá relación de autorización, aunque no haya habido una relación laboral propiamente dicha, ya que quien entregó el vehículo podrá ser considerado **principal** y quien fue autorizado al uso del mismo, podrá ser considerado como **autorizado**. En este supuesto concreto, el **principal** podría quedar obligado a resarcir también por aplicación de la teoría del **riesgo creado**.

de la obligación de pagar la indemnización (164). En caso de no demostrar esa eximente, el señalado por la norma deberá abonar la indemnización correspondiente (165).

La primera de dichas eximentes –la culpa de la propia víctima– justifica una de las condiciones para la activación de la responsabilidad civil del principal o autorizante: el *acto ilícito del dependiente o autorizado*. Al respecto, debe decirse que es necesario que el *dependiente o autorizado* haya realizado un acto ilícito –por dolo o culpa– como causante del daño a reparar. Si no mediase dicho acto ilícito del dependiente o autorizado, no se activará la responsabilidad del principal. Por ende, si en la investigación de la mecánica del hecho resultare que el hecho ilícito fue protagonizado por la misma víctima, eso excluiría la culpabilidad del *dependiente o autorizado* y consecuentemente la responsabilidad del *principal*.

En cuanto al *caso fortuito* éste puede exonerar –además del cumplimiento de la obligación contractual– (166) también la obligación de indemnizar cuando el daño sea extracontractual (167).

---

(164) La norma jurídica prevé expresamente como eximentes de la responsabilidad del principal, a la culpa de la propia víctima y al caso fortuito.

**Art. 1842 C.C.** ... El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por **culpa de la víctima o por caso fortuito**.

(165) **Art. 1842. C.C.** El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. **El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.**

(166) **Art. 426 C.C.** El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, **cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor**, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

(167) El C.C. argentino de Vélez había definido el caso *fortuito* resaltando la idea de lo que no pudo preverse o, aún previsto, no pudo evitarse, perfilando así que la exoneración de la obligación indemnizatoria pasa por haberse impedido el cumplimiento del contrato o por haberse producido la *causa* de la producción del daño extracontractual en un hecho que ocurriría en forma inevitable, no dependiendo ello ni de la voluntad ni de la culpa de nadie.



#### 12.1.4. El daño causado con cosa no riesgosa

Supongamos nuevamente que un sujeto A causó un daño a otro sujeto B en una situación extracontractual, pero variemos el supuesto introduciendo una **cosa** como elemento material de la cual se sirvió A para causar el daño a B.

Considerando esta variante, si A causó el daño a B **con una cosa** – no precisamente riesgosa por sí misma– que respondía dócilmente a la voluntad de A, entonces hay una **presunción legal de culpa**, presunción que A debe destruir, pues la ley expresamente le endilga esa carga y establece que en el caso que A no demuestre que obró con la **diligencia debida** – demostrando su **falta de culpa** (168)– terminará respondiendo del daño causado **con** la cosa.

---

Como ejemplos de esta eximente del *caso fortuito* o la *fuerza mayor*, se han dado varios, entre los que podrían citarse: 1) Las **fuerzas naturales**, cuando sean imprevistas y no puedan ser evitadas, producidas de modo tal que impidan en forma total el cumplimiento de la obligación contractual o hayan producido el perjuicio extracontractual. 2) Las **huelgas** de los trabajadores, siempre que sean una reacción legítima de los huelguistas que reclaman derechos, pero no se contaría como eximente si la huelga se produjo porque el empleador, que es el deudor de la obligación cuyo incumplimiento quiera exonerar, haya dado pie a aquella huelga por incumplimiento de sus obligaciones laborales. 3) Los **actos de la autoridad pública** que hayan incidido en el objeto de la obligación, como el caso en que se haya *estatizado* algún rubro comercial impidiendo el cumplimiento de un contrato. 4) Los **actos de violencia colectiva** como la guerra, las conmociones internas, los golpes de Estado o las revoluciones que hagan imposible el cumplimiento del contrato o hayan producido un daño extracontractual. 5) El **incendio** que afecte al deudor que haga imposible el cumplimiento de su obligación, siempre que el deudor no haya ocasionado el siniestro en forma culposa o dolosa. 6) La **enfermedad** o la **muerte** del deudor que impidan el cumplimiento de la obligación por sus habilidades personales, es decir en las obligaciones de hacer llamadas *intuitu personae*.

**Art. 514 C.C. argentino de Vélez.** Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido evitarse.

(168) Nótese el texto del **art. 1847 del C.C.** en la parte que dice “*si no prueba que de su parte no hubo culpa*”.

Lo mismo sucederá si el daño es causado **por la cosa** no riesgosa ni viciosa, aunque ella no sea usada directamente por el sujeto que debe responder por los daños causados por la misma: el **dueño o guardián** (169).

Estas situaciones **extracontractuales**, en las cuales se causa un daño **con** una **cosa** o **por** una **cosa** no viciosa ni riesgosa establecen la **presunción de culpa** en el dueño o guardián de ellas, quien deberá demostrar su **diligencia debida** —es decir, su falta de culpa— para no pagar la indemnización.

Esta demostración de la **diligencia debida** implica la demostración de que el **dueño o guardián** actuó como cualquier *persona razonable* hubiera actuado en una situación idéntica o similar, tomando las precauciones que *razonablemente* deberían haber sido tomadas, y que, a pesar de ello, el daño se produjo.

#### 12.1.5. El daño causado con cosa viciosa o riesgosa

Hagamos una variación sobre este último caso: se produjo a B un daño extracontractual, pero el daño se produjo con una *cosa* o por una cosa que era *riesgosa o viciosa* de la cual A era dueño o guardián, por **ejemplo**, un **automotor de gran porte o electricidad**.

Dada esta variante, entonces la solución legal también variará sensiblemente ya que la obligación de indemnizar seguirá siendo del dueño o guardián de **la cosa riesgosa o viciosa** por el daño extracontractual causado, pero tomando como fundamento el **riesgo** mismo de la cosa.

En este caso, la **eximente** también varía sensiblemente, pudiendo liberarse el dueño o guardián sólo si demuestra la producción de una eximente indicada en la ley: la culpa de un tercero o de la propia víctima, o si la cosa fue usada contra la voluntad del dueño o guardián (170).

---

(169) **Art. 1847 C.C.** El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa....

(170) **Art. 1847 C.C.** El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, **pero cuando el daño se produce por vicio riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.**

En este caso de daño causado por o con cosa viciosa o riesgosa, como puede verse, ya no le bastará al **dueño o guardián** probar su **propia diligencia**, su falta de culpa, ya que a pesar de haber tomado todos los recaudos que *razonablemente* debió tomar, deberá igualmente abonar la indemnización si es que no demuestra la producción del hecho de tercero o de la víctima por quien no debía responder.

## 12.2. Origen de las consecuencias indemnizatorias contractuales

En los **contratos** se acuerdan *deberes específicos* a cargo de cada una de las partes.

En muchos casos, existen obligaciones recíprocas, es decir, una parte se obliga en relación a la otra y viceversa. Haciendo más simple el supuesto a los efectos del análisis, pensemos en una relación contractual en la cual una sola de las partes debe a la otra.

En la **responsabilidad contractual** –al contrario de lo que sucede en la *extracontractual*– el deudor tiene **deberes específicos establecidos en el contrato** que fue incumplido por una de las partes; por dicho motivo, la otra parte contratante formula reclamos a la otra parte a quien endilga que incumplió la obligación contractualmente pactada.

Para hacer una descripción detallada de lo que debe un deudor contractual a su acreedor, debemos recurrir a dos artículos del código civil para dicho fin: los artículos **301** y **715** (171).

Analizando estos artículos del código civil tenemos que señalar que el deudor se obliga básicamente en tres aspectos: **a)** el deudor se obliga a aquello que **expresamente pactado** por las partes y que surge, en consecuencia, del texto del contrato, y que constituye el objeto principal del contrato; **b)** la parte obligada también se encuentra constreñida a cumplir las llamadas **consecuencias virtualmente comprendidas** entendidas como las

---

(171) **Art. 301 C.C.** Los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley.

**Art. 715 C.C.** Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

que no fueron pactadas en forma expresa pero que surgen del contrato como consecuencias lógicas y necesarias del mismo (172); **c**) por último, el deudor se encuentra obligado a cumplir también aquellas **obligaciones que surgen directamente de la ley**.

Por ende, cuando se produce un *incumplimiento contractual* y se demanda por los daños derivados de dicho incumplimiento, no se analiza –a diferencia de los casos de la *responsabilidad extracontractual*– la **manera o forma** en que se produjo el daño, sino que se estudia **a qué estaba obligado el deudor contractual**, y para determinar eso se recurre a determinar el texto expreso del contrato, las consecuencias virtualmente comprendidas y las obligaciones impuestas por la ley, siendo que el sujeto obligado responderá de la indemnización en la medida que incumpla a aquello a lo que se había obligado.

Cobra trascendencia también establecer si la obligación del deudor contractual era de **medios** o de **resultado**; al respecto, si la **obligación era de medios**, el deudor cumplía –o pagaba– simplemente comportándose *diligentemente* en función a conseguir un objetivo específico apetecido por la otra parte, aún cuando ese resultado no se obtenga (173).

---

(172) Tomemos como ejemplo de una *consecuencia virtualmente comprendida* aquel caso del contrato acordado entre el pintor y el dueño de una casa, en el cual aquel se obligaba a pintar la casa, y entre los puntos acordados, se pactó el *plazo* para la realización del trabajo y el *costo* de la pintura, pero no se había acordado puntualmente que el dueño de la casa se obligaba a permitir que el pintor ingresara al inmueble para pintarlo. El día acordado, el pintor se apersonó en la casa para cumplir el contrato y lo encontró cerrado pues el dueño estaba de viaje. Al volver el dueño, éste y el pintor tienen un conflicto debido al incumplimiento del contrato en el término acordado; el pintor sostenía que no pudo cumplir con el trabajo porque el dueño de la casa no lo dejó entrar; por su parte, el dueño de casa alegó que no se había acordado que esa fuese una obligación suya. Yendo a la solución del caso, habría que dar razón al pintor, puesto que, si bien no fue pactado ese punto, la obligación del dueño de la casa de dejar entrar al pintor era una consecuencia *virtualmente comprendida* que necesariamente surgía del contexto del contrato.

(173) Supongamos el caso de un médico que atiende a un paciente que lo contrata a esos efectos. Sin embargo, la salud del paciente empeora. El paciente demanda al médico; para determinar si el médico se encuentra obligado a indemnizar

Con esto quiere significarse que dependiendo si la obligación del deudor era de **medios** o de **resultado**, ello va a determinar cuál será el factor de atribución de responsabilidad que se aplicará: si la obligación fuere de **medios**, el factor de atribución de responsabilidad será el factor **subjetivo** y las eximentes serán la demostración de la falta de culpa –prueba de la no culpa o prueba de la debida diligencia– el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena. Sin embargo, si la obligación fuere de **resultado**, el factor de atribución de responsabilidad será **objetivo** pues se prescindirá de la culpa y del dolo, y no le basta demostrar su conducta diligente para exonerarse del incumplimiento, sino que debe demostrar una de las eximentes que justifiquen la falta de prestación: caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder.

### 13. Diferencia: La constitución en mora

La **constitución en mora** es una de las diferencias que se encuentra claramente marcada en el C.C., en relación con las responsabilidades contractuales y extracontractuales.

---

al paciente debemos establecer, primeramente *a qué se había comprometido el médico*, y en ese sentido si se había comprometido el médico a obtener un efecto concreto a favor del paciente –**obligación de resultado**, en cuyo caso responderá de la indemnización desde el momento que no consiguió el efecto querido por la otra parte– o se había comprometido el médico solamente a observar una conducta diligente –**obligación de medios**– de acuerdo a las reglas de la ciencia médica, en cuyo caso se exonerará probando haber actuado diligentemente.

“Por nuestra parte, si bien aprobamos la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y de resultado y aceptamos que exista un diverso régimen probatorio, pensamos sin embargo que la diferencia no es de derecho, sino de hecho. Pensamos que siempre al acreedor le basta demostrar el incumplimiento del deudor y que frente a este incumplimiento la ley presume la culpa del obligado. Lo que ocurre, es que en las obligaciones de resultado puede escindirse el incumplimiento de la culpa; en cambio en las obligaciones de medio el incumplimiento consiste en la culpa del deudor, esto es, en la omisión de las diligencias debidas que es a lo único a que él se obligó; por lo tanto, en este caso especial para demostrar el incumplimiento es forzoso demostrar la culpa. Es una imposición de los hechos y no una exigencia del régimen jurídico”. LLAMBIAS Jorge. RAFFO BENEGAS, Patricio. SASSOT, Rafael. Manual de Derecho Civil – Obligaciones. 11<sup>a</sup> Ed. Editorial Perrot, Bs. As., Argentina, 1997. P. 70.

Habiéndose producido el daño injusto como consecuencia de un incumplimiento contractual o como consecuencia de un hecho dañoso extracontractual, el sujeto obligado se encuentra ante una nueva obligación: la obligación de indemnizar al sujeto perjudicado.

Cuando se produce el daño extracontractual, el deudor viola siempre el mismo deber: el de no dañar injustamente a otro, y surge la obligación de indemnizar. En la obligación contractual, el deudor viola una obligación preexistente y nace, eventualmente, otra obligación además de la establecida previamente: la obligación de indemnizar; así, por ejemplo, en un contrato en el que el deudor se haya comprometido a escriturar un inmueble, el deudor incumplidor deberá la obligación originaria (escriturar) y también deberá una indemnización por los daños causados por la falta de cumplimiento oportuno.

Surge, en este punto, una pregunta: ¿en qué momento el deudor entra en mora en la obligación de indemnizar, sea la relación contractual o extracontractual?

Responder esta pregunta tiene un primer interés práctico: a partir de la mora, el deudor deberá pagar **intereses**.

### **13.1. Constitución en mora en la responsabilidad extracontractual**

Se ha sostenido que, en el derecho paraguayo, la **responsabilidad extracontractual** la **mora** se produce **automáticamente**, es decir desde el momento en que se sufre el daño como consecuencia del hecho ilícito. Esto implica que **no es necesario proceder a la interpelación del deudor** para constituirlo en mora, lo que surge expresamente de la redacción del art. 424 del C.C. in fine (174).

Como **ejemplo**, traigamos el caso del transeúnte que es atropellado por un automovilista. En ese caso, la responsabilidad de este último será **extracontractual** y la **mora** del automovilista será automática, desde el mismo momento del accidente en que se causaron los daños.

---

(174) **Art. 424 in fine. C.C.**..... Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá **sin interpelación**.

### 13.2. Constitución en mora en la responsabilidad contractual

El análisis de la **mora** en la **responsabilidad contractual** debe dividirse según se haya pactado o no un **plazo** en el acto jurídico. En este punto, cabe señalar que el C.C. de Vélez tenía una disposición casi idéntica al **art. 424** del C.C. paraguayo, salvo el último párrafo de éste que no está contenido en la norma argentina (175).

Si la obligación contractual estaba sometida a un **plazo**, el vencimiento del mismo se producirá automáticamente y la **mora** del deudor ocurrirá también automáticamente, es decir **sin necesidad de interpelación** (176).

Por otra parte, si el contrato no estuviera sometido a un plazo expreso, para constituir en mora a la deudora, habrá que realizar la **interpelación** del deudor (177).

---

(175) **Art. 509 C.C. argentino de Vélez, reformado por la ley 17711/68.** En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.

(176) **Art. 424 C.C.** En las obligaciones a **plazo** la mora se produce por el **solo vencimiento** de aquél....

(177) **Art. 424 C.C.** .... Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor **deberá interpelar** al deudor para constituirlo en mora...

**Forma de realizar la interpelación.** Si el vencimiento del plazo no es automático, es decir, si no se da por el solo transcurso del tiempo *-mora ex re-* debe procederse a la *interpelación*, es decir, debe procederse a realizar los actos necesarios para producir la llamada *mora ex personae*. La **interpelación** es el acto jurídico unilateral de requerimiento de pago que efectúa el acreedor al deudor. Por ende, la carga de la prueba de la *interpelación* corresponde al acreedor que debió realizar dicho requerimiento. Esto nos lleva a concluir que la **interpelación** debe realizarse

A fin de aclarar el punto, planteemos el caso del sujeto que es transportado en un ómnibus y sufre una lesión como consecuencia de una maniobra indebida del chofer. Esta obligación es **contractual** y como no está sometida expresamente a un **plazo**, para constituir en **mora** a la empresa de transporte deudora, habrá que interpelársele. Recién desde la **interpelación**, la empresa estará en mora y, en consecuencia, desde ese momento empezarán a correr los **intereses** correspondientes (178).

Además de lo ya indicado párrafos arriba, haciendo una interpretación *a contrario sensu* de la última parte del **art. 424 del C.C.**, se extrae igualmente la conclusión que en las obligaciones contractuales, habrá que interpelar para constituir en mora, salvo que exista un plazo expresamente fijado en el acto jurídico. A este respecto, recordemos que la última parte del **art. 424 del C.C.**, dice: “Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación”, por lo que, como se dijo, interpretando *a contrario sensu* esta disposición normativa, podría llevarnos a la conclusión que en los casos de responsabilidad contractual hay que interpelar para

---

de una forma tal que permita constatar su formulación. La ley no impone una formalidad específica que deba ser rigurosamente cumplida en el acto de la *interpelación*; sin embargo, dicha *interpelación* debe ser constatable, inequívoca, categórica y coercitiva. Dada esta última característica –que sea *coercitiva*– se extrae que la *interpelación* no es un ruego para que el deudor cumpla como si el cumplimiento fuese un acto gracioso del obligado a favor del acreedor, sino que constituye un **requerimiento formal** de éste último de modo tal a que el deudor se vea *constreñido* a pagar.

El **C.C.C.A.** trae otra regla, el **art. 1748** que rige tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, y dice: “Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”. Esta constituye una regla única tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, y por tanto, en la República Argentina no es necesario más interpelar en los casos de responsabilidad contractual, ya que el nacimiento del perjuicio marcará igualmente el arranque del curso de los intereses.

(178) Esto puso sobre el tapete el enojoso tema de considerar que quien viaja dentro del transporte y es contratante está en una peor situación que aquel transeúnte que es atropellado en la vía pública, y no es contratante, pues el sujeto transportado deberá interpelar a la empresa deudora para producir su mora, mientras que el transeúnte atropellado no necesitará interpelar a la empresa de transporte, pues la mora de ésta se produce automáticamente desde el mismo momento del accidente.



constituir en mora, reiteramos, siempre y cuando no exista un plazo expreso en el acto jurídico, en cuyo caso la interpelación es innecesaria.

Si no mediare **interpelación extrajudicial** antes de promoverse la demanda judicial, la **notificación** de ésta surtirá los efectos de aquel requerimiento, o en los países donde existe la *mediación obligatoria previa*, surtirá los efectos de la interpelación la citación a la misma. Esto conlleva que entre el momento de ocurrir los daños y el momento de la interpelación –sea extrajudicial, por notificación de demanda o por citación a la mediación obligatoria– podría pasar un tiempo considerable, durante el cual no podría considerarse que corran los intereses, por no estar en mora el deudor, ante la falta de **interpelación**.

#### 14. Diferencia: Atenuación

La atenuación de las consecuencias indemnizatorias es otra diferencia que se detecta entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Si bien en ambas pueden presentarse **atenuaciones** a la responsabilidad, la manera y las situaciones en las que se dan ellas son muy distintas, motivo por el cual las hemos clasificado como una **diferencia**.

##### 14.1. Atenuación en la responsabilidad contractual

En cuanto a la **responsabilidad contractual**, las consecuencias indemnizatorias pueden ser limitadas de una de las siguientes formas:

**a) Cláusulas de dispensas por culpa.** El código civil permite la dispensa de la responsabilidad cuando el daño sea causado por **culpa** de una persona; lo hace en forma tácita, pues la disposición normativa correspondiente prohíbe expresamente la exoneración de la responsabilidad por **dolo**, omitiendo referirse a la **culpa**, por lo que al no haber una prohibición expresa a este último respecto, se considera viable dicha exoneración cuando ella es acordada por las partes en el contrato (179).

**b) Cláusula penal.** La cláusula penal tiene también la función de limitar el alcance de la responsabilidad contractual, ya que el código civil establece que *“el acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque*

---

(179) **Art. 421 in fine C.C.** ... La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

*pruebe que la indemnización no es suficiente*” (art. 454). Con esto, queda evidenciada la manera en la que la **cláusula penal** actúa para limitar la expectativa del acreedor en cuanto al monto que éste aspira recibir. Por tanto, si las partes acordaron una **cláusula penal**, el acreedor deberá atenerse sólo al monto allí establecido y predeterminado como indemnización, y no podrá aspirar a más, aunque pruebe que ese monto es insuficiente.

#### 14.2. Atenuación en la responsabilidad extracontractual

En el ámbito de la **responsabilidad extracontractual**, existen también normas que disponen la **atenuación** de la responsabilidad civil.

**a) Por motivos de equidad.** En principio, una persona privada de discernimiento no responde del daño causado por ella; sin embargo, lo hace otro, que la tiene a su cuidado, respondiendo este último –padre, tutor o curador– con su propio patrimonio. Sin embargo, este principio tiene dos excepciones en la ley: la prevista en el **art. 1844** y la establecida en el **art. 1850**, ambos del C.C., en los cuales el *incapaz* sí responde con su propio peculio del daño causado por el mismo.

Este **art. 1844**, (180) prevé la situación de que el *incapaz* haya realizado el daño pero cuando obraba con *discernimiento*. Caso que no trataremos en este momento, por no contener una atenuación o limitación de la responsabilidad civil.

El supuesto que sí referiremos se refiere al de la **persona privada de discernimiento** que causa un daño, en cuyo caso dicha persona no estará obligada al pago de indemnización alguna, sin perjuicio de que quien lo tenga bajo su custodia tenga la obligación de abonar la reparación que corresponda. Sin embargo, como **excepción** a este supuesto, tenemos la situación prevista en el **art. 1850 del C.C.**, que establece que por *equidad*, el juez *podrá* fijar una indemnización a favor de la víctima, cuando quien tenga a su cuidado al privado de discernimiento no tenga solvencia para

---

(180) **Art. 1844 C.C.** El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos, siempre que haya obrado con discernimiento.

pagar dichos daños (181). La manera en que está redactada la norma implica que el juez tiene la *facultad* de condenar al privado de discernimiento –de allí la redacción del código que utilizó el vocablo *pueden*– lo que implícitamente trae también la prerrogativa de no condenar al causante del daño, y fijar un *monto equitativo*, es decir, no vinculado directamente con el volumen real del perjuicio, sino estableciendo un monto distinto, por razones de equidad, a fin de evitar que el causante del daño, quien padece de falta de discernimiento, caiga en un estado de postración económica, o a fin de evitar que la víctima del daño injusto quede sin indemnización (182).

---

(181) **Art. 1850 C.C.** En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si el perjudicado no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

(182) “Esta norma fue incorporada para evitar situaciones de extrema injusticia en la que damnificados quedaban sin recuperar sus perjuicios a pesar de que el autor podía solventarlos, al menos en parte. Así, en su momento, el notable jurista argentino Acdeel Salas había puesto el ejemplo de un insano multimillonario que atropellaba a una persona de pocos recursos que devenía en sostén de su familia; resultaba absolutamente injusto no hacerle soportar los daños en este caso.” Comentario al art. 1850 del C.C., en Código Civil de la República del Paraguay. Comentado. Tomo VI – B. La Ley Paraguaya S.A., pág. 1202, año 2009. Autor del comentario Roberto Moreno Rodríguez Alcalá.

“Al respecto, ha dicho el padre del texto en Argentina, Borda, que ‘el deber de indemnizar no es inexcusable: el juez puede fijar una indemnización y cuando lo haga será tomado en cuenta el patrimonio del autor del hecho y la situación de la víctima’. Luego pone unos ejemplos para explicar su posición: ‘si un demente millonario mata a un hombre modesto, de cuyo trabajo vive la familia, el juez fijará una indemnización. Si, por el contrario, el autor del hecho es pobre y la víctima es rica, no habrá indemnización. Entre estos dos extremos cabe una serie de graduaciones, que permiten al juez moverse con gran flexibilidad para fijar una indemnización equitativa, teniendo en cuenta los patrimonios del autor del hecho y de la víctima’. Debe tenerse, sin embargo, un poco de cuidado con estas simplificaciones excesivas que hace el jurista argentino (‘pobre’, ‘rico’, etc.). En primer lugar, el artículo habla de ‘situación’ de las partes y no de ‘situación patrimonial’, por lo que no cabe el reduccionismo que hace Borda en este punto. Además, como dice acertadamente Boffi Boggero, si el victimario es ‘pobre’ pero la víctima es ‘rica’, el juez aún así podrá imponer una indemnización, aunque en este caso será mínima”. Comentario al art. 1850 del C.C., en Código Civil de la República del Paraguay. Comentado. Tomo VI –

Se hace evidente, en este caso, que la persona que causó el daño está **privada del discernimiento**, y por tanto, no puede atribuírsele **culpa**. Sin embargo, a través de esta norma excepcional, incorporada a nuestro código civil a similitud de otros códigos, sin haber sido prevista en el Anteproyecto de De Gásperi, se busca dar una solución justa al caso de la víctima que sufre un perjuicio de parte del privado de discernimiento y que ante la falta de pago de quien la tenía a su cuidado, hubiera quedado sin indemnización.

**b) Moderación o dispensa por desproporción entre conducta y daño.** El art. 1857 del C.C., última parte, prevé la posibilidad que el juez podrá moderar o dispensar de la obligación indemnizatoria “*si hubiese evidente desproporción entre la acción ejecutada con intención, o por culpa, y el daño efectivamente sufrido*”. A este respecto, debemos señalar que el art. 1856 del C.C. regula la **extensión del resarcimiento** en los ilícitos extracontractuales, de conformidad a la teoría de la **relación causal adecuada**. Este art. 1857, última parte, surgió –originariamente– a instancias de Bibiloni, en la República Argentina, tendiente a moderar la dureza de la solución dada por Vélez Sarsfield a ciertos casos puntuales, en los cuales parecía proyectarse en forma exagerada la obligación indemnizatoria. La doctrina, para explicar el punto, cita casos en los cuales el daño que existió se dio como consecuencia de un hecho que no tenía, en principio, la contundencia como para producirlo (183). En base a los mismos, se notaba que existía una

---

B. La Ley Paraguaya S.A., pág. 1203, año 2009. Autor del comentario Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, con cita de obras de Borda y Boffi Boggero.

(183) Véase el impecable comentario al art. 1857 del C.C., en Código Civil de la República del Paraguay. Comentado. Tomo VI – B. La Ley Paraguaya S.A., págs. 1243/1246, año 2009. Autor del comentario Roberto Moreno Rodríguez Alcalá. En dicha obra, se citan los casos que evidencian la notoria desproporción y la consecuencia dañosa: el caso de quien de una bofetada ligera mató a otra persona que padecía de una afectación de salud previa, el caso del sastre moroso que al entregar tarde un traje hizo perder el tren al cliente quien tomó otro que luego sufrió un accidente ferroviario causándole la muerte, etc.

**evidente desproporción** (184) entre el hecho generador de poca contundencia y la consecuencia dañosa sumamente grave que resultó de aquel hecho (185).

## 15. Diferencia: Solidaridad

Una diferencia destacable consiste en la solidaridad que puede presentarse entre los sujetos obligados, cuando existe pluralidad de obligados.

### 15.1. Solidaridad en la responsabilidad contractual

En los casos en los que existiesen varios sujetos deudores en un caso de **responsabilidad contractual**, rige el principio de que los citados codeudores responden en forma *simplemente mancomunada*, salvo que el acto jurídico expresamente establezca que responderán en forma *solidaria*, o que dicha solidaridad surja expresamente de la ley (186).

Por ende, en estos casos de codeudoría en las obligaciones contractuales, el régimen es el de la *mancomunidad simple* y por excepción, en caso de disposición expresa de la ley (187) o de disposición del acto jurídico, habrá *responsabilidad solidaria*.

---

(184) Debe resaltarse que la disposición normativa pide que exista *evidente desproporción*, con lo cual exige al juez que obre con prudencia en esta facultad excepcional de moderar o dispensar de la obligación indemnizatoria.

(185) El código civil de Vélez, en su redacción modificada en el año 1968, tenía igualmente una norma que permitía al juez *atenuar* el monto indemnizatorio, pero en base a la *situación patrimonial* del obligado. **Art. 1069 C.C. argentino (Ley 17711/68)**. “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, *podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo*; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

(186) **Art.510 C.C.** La solidaridad no se presume. Debe estar expresa en la ley, y para los actos jurídicos, resultar de términos inequívocos.

(187) **Art.1350 C.C.** Todos los que hayan girado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio **están solidariamente obligados** hacia el portador. El portador tiene el derecho de accionar contra todos ellos individual o colectivamente, sin que deba observar el orden en que se haya obligado. El mismo derecho pertenece a todo signatario de una letra de cambio que ha reembolsado su importe. La acción

## 15.2. Solidaridad en la responsabilidad extracontractual

Si nos encontráramos ante un caso de **responsabilidad extracontractual** y hubiere una pluralidad de sujetos llamados a responder, la obligación *solidaria* se halla prevista por la ley (188), cuando la obligación deviene del llamado *hecho propio*.

El cuestionamiento surge en cuanto al alcance de la responsabilidad, cuando estamos en presencia de un *hecho ajeno*, en consideración a la redacción del **art. 1842 del C.C.**, en la parte que establece: “*El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete **también** la responsabilidad de éste...*”.

Cabe hacer aquí la pregunta: ¿qué alcance tiene este término **también**? Se refiere a la relación *solidaria* o está estableciendo una relación *simplemente mancomunada* entre ambos sujetos obligados. De que ambos responden, no cabe duda alguna. La cuestión es **cómo** responden ambos a la víctima.

Nos inclinamos por el criterio de considerar que *principal y dependiente* responden en forma **solidaria** hacia la víctima, ello en consideración a lo dispuesto en el **art. 1841 del C.C.** que crea una relación de ese tipo entre todos los responsables del daño causado, cuando existen *varios imputados*. En desmedro de esta interpretación, podría alegarse que el artículo citado (1841 C.C.), está previsto en el Capítulo I (*De la responsabilidad por hecho propio*), del mismo título VIII, y que el art. 1842 (que analizamos ahora) está previsto en el Capítulo II (*De la responsabilidad por hecho ajeno*).

Sin embargo, a pesar que estas normas se encuentran en dos capítulos distintos, entendemos que la disposición del **art. 1841** es perfectamente aplicable a la situación de *garantía* prevista en el **art. 1842**, ya que la situación descrita en este último artículo es una responsabilidad objetiva

---

intentada contra uno de los obligados no impide la acción de portador contra los otros, aunque sean posteriores al que ha sido demandado en primer término.

**Art.1537 C.C.** Son aplicables al pagaré a la orden, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza, las disposiciones relativas a la letra de cambio.

(188) **Art.1841 C.C.** Si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos solidariamente....

para el *principal*, es decir, una en la cual la responsabilidad se *imputa* legalmente, sin necesidad de recurrir a la culpa o al dolo del mismo. La ley señala quién habrá de responder ante el accionar de otro sujeto: el dependiente. Puede decirse entonces que la ley realiza una *imputación* al sujeto señalado a pagar, es decir el *principal*. Por ende, éste –el *principal*– responderá por *imputación legal* del hecho dañoso causado por su *dependiente o autorizado*, quien responderá por la responsabilidad subjetiva, dado el hecho doloso o culposo que causó. Entonces, tenemos que ambos son *imputados*, pero por distintas fuentes, y la previsión normativa del **art. 1841** indica que *si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos solidariamente*, y dicha situación se encuadra a este caso (189).

## **16. Diferencia: Legislación aplicable en los casos en que se aplica el derecho internacional privado**

La legislación aplicable es otra diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, cuando existe un elemento internacional en el hecho dañoso. El tema guarda relación con el derecho internacional privado.

### **16.1. Legislación aplicable en los casos de responsabilidad contractual**

En primer término, al contrato le son aplicables **las normas jurídicas que las partes hayan elegido**. Tratándose de materia disponible, las partes pueden optar por la legislación aplicable a un contrato; si lo hacen será esa la ley aplicable al caso puntual y concreto, pudiendo acordar que la ley elegida rija para todo o el contrato o solo para una parte del mismo. Cabe acotar que las partes podrán pactar la **ley aplicable**, siempre que no esté

---

(189) “*El principal debe responder por aquellos daños que fueron ocasionados por su dependiente mediante actos, hechos ajenos o extraños a la naturaleza de la función encomendada, que de no mediar la relación de dependencia, no hubieran podido realizarse, por lo que es responsable por el daño sufrido por la víctima en forma solidaria con el autor directo del hecho*”. Cámara de Apelaciones en lo Civ. y Com. de San Isidro, sala I. 27/06/1996. Ferrari, Osvaldo c/ Expreso Paraná S.A. LLBA 1997, 358. AR/JUR/4464/1996.

involucrada una cuestión de orden público o la norma nacional sea imperativa, en cuyo caso las partes no podrán establecer cuál será la ley aplicable al contrato puntualmente (190).

Si las partes no han elegido un derecho que rija el contrato, éste es regulado por la **ley del lugar de la celebración** o por la **ley del lugar del cumplimiento**<sup>191</sup>, aunque estas reglas no sean fijas, pues las soluciones pueden variar, ya que se han introducido otros criterios, como el que señala que ante la falta de determinación por las partes del derecho que regirá el contrato, el mismo deberá ser regido por el derecho estatal con el cual el estado tenga **vínculos más estrechos** (192).

---

(190) Piénsese en el caso que la legislación de un país establezca que ciertos bienes están fuera del comercio –por ejemplo, la herencia futura o los órganos de los seres humanos–, pero que en otro país la comercialización de estos productos esté permitida. En este caso, si el contrato se da entre personas que habitan el país donde rige la prohibición, no podrán las partes establecer que rija a su contrato las normas del otro país, donde la comercialización esté permitida, por tratarse de normas imperativas o de orden público.

**Art.669 C.C.** Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos.

“Observando estas condiciones impuestas por la ley para considerar la existencia de un acto jurídico, las partes pueden determinar las reglas a las cuales sujetar sus relaciones jurídicas, incluso establecer la ley aplicable o la jurisdicción competente con las limitaciones que puedan surgir como consecuencia de normas imperativas o de orden público”. **RUIZ DIAZ LABRANO**, Roberto. Derecho Internacional Privado. La Ley Paraguaya S.A. Asunción, Paraguay, 2010. pág. 664.

(191) “En el campo de los contratos internacionales, los elementos de contacto para conducir a la ley aplicable no son uniformes, se remiten al lugar de celebración del contrato, al del cumplimiento del contrato, al del domicilio de uno o ambos contratantes, la residencia habitual de una de las partes o el de ambos, el lugar en que se encuentran situados los bienes que constituyen objeto del contrato, sin contar con la particularidad conceptual que posee cada ordenamiento jurídico estatal respecto de estos elementos”. **RUIZ DIAZ LABRANO**, Roberto. Derecho Internacional Privado. La Ley Paraguaya S.A. Asunción, Paraguay, 2010. pág. 662.

(192) **Artículo 9. Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.** Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.



## 16.2. Legislación aplicable en los casos de responsabilidad extracontractual

En la ocurrencia del hecho ilícito puede aparecer algún elemento de extraterritorialidad. Así, si el hecho ilícito acaece en un país, y en el mismo participan personas de otros países involucrados en aquel, se aplica la **ley del lugar del hecho** donde sucediera dicho hecho ilícito. Si un accidente de tránsito ocurriera en Brasil, entre un automóvil conducido por un ciudadano paraguayo y otro conducido por un ciudadano argentino, se aplicarían las normas del lugar donde sucedió el ilícito contractual, es decir, se aplicarían las normas jurídicas brasileras (193).

Sin embargo, la doctrina también ha indicado que, independientemente de esta solución impuesta por la **ley del lugar del hecho**, cuando todas las partes tienen el mismo domicilio, que es diferente al del lugar del hecho, correspondería aplicar la **ley del lugar del domicilio**, por un motivo muy entendible de **practicidad** en cuanto al conocimiento y acceso a la ley aplicable (194). Así, en el ejemplo dado más arriba, si ambos conductores accidentados en Brasil fuesen paraguayos, nada obstaría a que el caso se juzgue según las leyes paraguayas, en Paraguay.




---

(193) “La mayor parte de los Estados utiliza como elemento de conexión la *lex loci delicti commissi*, por la cual son sometidas las consecuencias de los ilícitos civiles a la ley del lugar en que ocurriera el hecho. Se señala no obstante que esta solución no cubre supuestos en que la determinación del lugar del hecho no resulta fácil o en los casos donde la obligación extracontractual es considerada transfronteriza. En esta última hipótesis, algunas soluciones –criterio tradicional– aplican la ley del lugar en que se produjo el hecho o acción que produjo el daño. Otras soluciones legislativas apuntan como ley aplicable a la más favorable al demandante, o en las nuevas fórmulas prescindentes de normas de conflicto, corresponde al juez apreciar la ley con vínculos más estrechos con la cuestión litigiosa, cuando la aplicación de la ley del lugar donde ocurriera el hecho no resultara conveniente al caso específico. Estas fórmulas no siempre aparecen aisladas.” **RUIZ DIAZ LABRANO**, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. La Ley Paraguaya S.A. Asunción, Paraguay, 2010. págs. 770/771.

(194) Véase **RUIZ DIAZ LABRANO**, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. La Ley Paraguaya S.A. Asunción, Paraguay, 2010. pág. 771.



# *Jurisprudencia*

---

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **Sala Constitucional**

ACUERDO Y SENTENCIA N° 858

***Cuestión debatida:** La cuestión que origina la intervención de esta Sala Constitucional, está relacionada con la controversia suscitada en autos respecto a la “competencia” de la justicia militar en cuanto al juzgamiento de un “hecho de homicidio.*

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR.  
Delito militar. Delito común. FUERZAS ARMADAS.**

Cuando se trate de de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de sus funciones castrenses.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR.  
Delito militar. Delito común. FUERZAS ARMADAS. SENTENCIA.  
Sentencia arbitraria.**

No debemos perder de vista que jurisprudencialmente se tiene establecido que una sentencia es arbitraria cuando se sustenta en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos sólo aparentes, así como cuando no constituye una derivación razonada del derecho vigente, sino que es producto de la voluntad individual de los jueces, de una interpretación antojadiza de los mis-

mos, apartándose de las prescripciones legales; sin embargo tales circunstancias no se dan en relación con las sentencias atacadas de inconstitucional.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Delito militar. Delito común. FUERZAS ARMADAS. SENTENCIA. Sentencia arbitraria. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Control Constitucional.**

Si bien las resoluciones impugnadas recayeron en esferas ajenas al ámbito de la justicia ordinaria, pues, son originarias del fuero castrense, ello no obsta a que las mismas puedan ser objeto del control de constitucionalidad.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Delito militar. Delito común. FUERZAS ARMADAS. SENTENCIA. Sentencia Arbitraria. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Control Constitucional.**

En cuanto a la pretendida declaración de arbitrariedad, fundada en la errónea valoración de una prueba pericial, se advierte que este mismo agravio ya fue planteado ante la Suprema Corte de Justicia Militar, habiendo sido objeto de consideración y pronunciamiento en el fallo hoy impugnado, por lo que mal podríamos abocarnos nuevamente a su estudio, sobre todo cuando en relación al mismo no se advierte transgresión de precepto constitucional alguno.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Delito militar. Delito común. FUERZAS ARMADAS. SENTENCIA. Sentencia arbitraria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad.**

La concepción errónea del recurrente del significado del Principio de Igualdad, reducida a un paralelismo infundado entre normas jurídicas pertenecientes a distintos ordenamientos positivos (jurisdicción militar - ordinaria) no hace otra cosa que afirmar el convencimiento de que las actuaciones del Aquo y de la Suprema Corte de Justicia Militar, se circunscriben dentro del marco legal que les rigen, sin que fueran violentadas, ni las reglas de debido proceso, ni la defensa en juicio.

**C.S.J. Sala Constitucional. 24/07/2012. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Sumario instruido al Tte. de Caballería Hugo Daniel Silva Quevedo s/ Hecho de homicidio ocurrido en el Rc Mtz N° 1 “Cnel. Valois Rivarola, Pozo Colorado” (Ac. y Sent. N° 858).**

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

**C U E S T I O N:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: Se presentó el Abog. JOSÉ RAMÓN ALVAREZ, a promover Acción de Inconstitucionalidad contra la. S.D. N° 1 del 6 de marzo de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Tercer Turno, y el Acuerdo y Sentencia N° 1 del 14 de junio de 2007, dictado por la Suprema Corte de Justicia Militar, en la causa individualizada como: “Sumario instruido al Tte. De Caballería Hugo Daniel Silva Quevedo s/ hecho de homicidio ocurrido en el RC MTZ N° 1 “Cnel. Valois Rivarola Pozo Colorado”, por supuesta conculcación por parte de los juzgadores de los artículos 16, 17 num. 1, 47 y 256 in fine de la Constitución Nacional

1.- Antes de iniciar el análisis propiamente dicho de la Acción de Inconstitucionalidad intentada, pongo de manifiesto cuanto en reiterados fallos de esta Corte se ha dicho, y esto es que la Sala Constitucional, no es una tercera vía de revisión de sentencias; por ello, la admisión de la “Acción” sólo procede cuando la misma es promovida contra resoluciones judiciales, y se funda en una verdadera conculcación por parte de los “iudex” de la exigencia dispuesta en el art. 256 de la Constitución Nacional, la que una vez, verificada y confirmada, genera la nulidad de lo resuelto por los Juzgadores (art. 560 del (C.P.C.). Demás está decir, que esta Sala no puede impugnar fallos por discrepancias con los criterios jurídicos y legales sostenidos por los juzgadores, sólo es hábil para verificar la razonable aplicación del derecho a la casuística sometida a resolución por el órgano jurisdiccional competente. El caso sometido a estudio debe ser observado “constitucionalmente”, dentro de los presupuestos legales establecidos por la norma facultativa para esta Sala Constitucional, proponiendo la misma y, en tal sentido, un control de los actos jurisdiccionales desde los alcances constitucionales y no por medio de la revisión de los mismos, como lo sería en el caso de los controles jurisdiccionales de tercera instancia.

2.- Pues bien, el accionante refiere en su escrito de presentación cuanto sigue: “...El imputado Hugo Daniel Silva Quevedo, fue sometido a un proceso penal (proceso penal militar) distinto al debido (proceso penal ordinario). Si bien el mismo es un militar en servicio activo, y el supuesto hecho ocurrió dentro de un predio militar, aparentemente estaríamos ante la jurisdicción militar. Esto sería así si se tratase, de delitos o crímenes previstos por el Código Penal Militar, pero no es el caso particular puesto que desde el primer momento de la investigación se ha considerado el hecho punible ocurrido como un HOMICIDIO DOLOSO; y es dicha tipificación la que no contiene el mencionado Código Penal Militar, atendiendo a que la tipificación contenida en el artículo 253 está derogada...; En materia penal militar, específicamente el artículo 252 de la Ley N° 843/1980 Código Penal Militar tipifica el homicidio sin premeditación... cuando el Código Penal tipifica homicidio culposo... entonces existen dos marcos penales, según la jurisdicción militar u ordinaria... por tanto el Juzgado Penal y la Suprema Corte de Justicia Militar debieron aplicar por imperio de la Constitución Nacional el artículo 107 de la Ley N° 1160/97...”

Por otra parte, la representación del Ministerio Público por Dictamen N° 1719 del 31 de octubre del 2007, recomendó a esta Sala Constitucional, rechazar la inconstitucionalidad planteada por no advertirse violación de principios, derechos ni garantías constitucionales.

3.- Considero que la presente Acción de Inconstitucionalidad promovida, no puede prosperar.

3.1.- La cuestión que origina la intervención de esta Sala Constitucional, está relacionada con la controversia suscitada en autos respecto a la “competencia” de la justicia militar en cuanto al juzgamiento de un “hecho de homicidio”. Al respecto es preciso consignar cuanto sigue: “...a) Art. 174 de la C.N. “De los tribunales militares” Los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, cometidos por militares en servicio activo. {...}. Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de sus funciones castrenses. {...}. ; b) Ley N° 843/1980 Código Penal Militar: Art. 1: Constituye delito militar toda acción u omisión que éste Código, las Leyes militares, los Bandos militares en tiempo de guerra y los Reglamentos, sancionan con una pena. CAPÍTULO XXVIII: Del homicidio y de las lesiones; Art. 252: El homicidio, o

sea el que se comete sin premeditación ni reflexión, se castiga con prisión militar de seis a doce años, pero el autor del homicidio será, sin embargo, castigado sólo con tres años de la pena en los casos siguientes: a) cuando la víctima hubiera provocado el acto con ofensas o injurias graves; y b) cuando el autor del homicidio lo hubiese ejecutado en un arrebato de cólera o de indignación, cuya causa no le sea imputable...”

3.2.- La cuestión de la competencia del fuero militar o del fuero común, ya no es objeto de estudio, debido a que ésta debió ser planteada y resuelta en el momento procesal oportuno, es decir, al tiempo del inicio de los actos investigativos. Por otra parte, el personal militar involucrado en el hecho punible, es un “militar en servicio activo” y declarado como tal por sus superiores, por tanto la acción imputada fue realizada dentro de las esferas castrenses, hecho que si bien, por las nuevas tendencias doctrinarias debe ir paulatinamente desligándose de la esfera exclusiva militar, y ordinarizarse, sin embargo, es dable sostener que sigue vigente aún hoy día el Código Penal Militar y con él los presupuestos típicos de acciones y omisiones de carácter militar”. Con lo dicho, la controversia de autos es irrelevante a los efectos de las posibles lesiones provocadas por los juzgadores a través de sus resultas, a las garantías procesales contenidas en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

3.3.- Como lo dijera consecutivamente, no debemos perder de vista que jurisprudencialmente se tiene establecido que una sentencia es arbitraria cuando se sustenta en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos sólo aparentes, así como cuando no constituye una derivación razonada del derecho vigente, sino que es producto de la voluntad individual de los jueces, de una interpretación antojadiza de los mismos, apartándose de las prescripciones legales; sin embargo tales circunstancias no se dan en relación con las sentencias atacadas de inconstitucional

3.4.- La lectura de las constancias procesales traídas a la vista, permite valorar que las resoluciones cuestionadas están basadas en apreciaciones jurisdiccionales sobre las actuaciones procesales de las partes intervinientes (actor-demandado) y las ocurrencias dentro de lo normal en un proceso militar ordinario.

4.- En estas condiciones no es posible hablar de arbitrariedad. Las consideraciones vertidas en el escrito de promoción, revelan la pretensión del accionante de que esta Sala Constitucional actúe como tribunal de tercera instancia para la revisión de los criterios de valoración considerados en

la etapa oportuna por parte del Ad-quo como por el Ad-quem. En este sentido numerosos fallos emanados de esta instancia, han sostenido que la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto precautelar los principios, derechos y garantías contenidos en la norma fundamental, y esto no implica revisión de sentencias, si las mismas han sido generadas dentro de los mandatos legales del debido proceso y las facultades discrecionales que la ley otorga a los Jueces, lo que verificadamente se ha dado en el presente caso.

5.- Por las consideraciones que anteceden y en coincidencia con el Dictamen del Ministerio Público, opino que las resoluciones impugnadas no son violatorias de ninguna norma constitucional, por lo que debe ser rechazada la presente acción de inconstitucionalidad promovida por el Abog. JOSÉ RAMÓN ALVAREZ, contra la S.D. N° 1 del 6 de marzo de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Tercer Turno, y el Acuerdo y Sentencia N° 1 del 14 de junio de 2007, dictado por la Suprema Corte de Justicia Militar. Las costas deberán ser soportadas por la parte accionante. Es mi voto.

A su turno el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Se presenta el Abogado José Ramón Álvarez en representación del Tte. Cabo Hugo Daniel Silva Quevedo, promover Acción de Inconstitucionalidad contra la S.D. N° 1 del 6 de marzo de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Tercer Turno y Acuerdo y Sentencia N° 1 del 14 de junio de 2007, dictado por la Suprema Corte de Justicia Militar. Alega el accionante supuesta conculcación por parte de los juzgadores del artículo 16, 17 inciso 1, 47 y 256 de la Constitución.

Antes de iniciar el análisis propiamente dicho de la Acción de Inconstitucionalidad intentada, pongo de manifiesto que si bien las resoluciones impugnadas recayeron en esferas ajenas al ámbito de la justicia ordinaria, pues, son originarias del fuero castrense, ello no obsta a que las mismas puedan ser objeto del control de constitucionalidad.

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

El impugnante alega los siguientes agravios concretos: 1) VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO, la presente causa debió ser investigada



por la justicia ordinaria y no por la justicia militar, pues aquella prevé penas menos severas en relación a la tipificación del hecho y además habría tenido la amplitud de la defensa en un juicio oral y público; 2) ARBITRARIEDAD, por valoración insuficiente de una prueba pericial balística y falta de motivación; y 3) VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD.

Siguiendo el trámite procesal de la acción intentada la representación del Ministerio Público por Dictamen N° 1719 de fecha 31 de diciembre de 2007 (fs. 36/46), recomendó a esta Sala Constitucional no hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad planteada en autos por improcedente.

Considero que la presente Acción de Inconstitucionalidad promovida, debe ser rechazada.

En relación al argumento señalado por el impugnante respecto a la violación del debido proceso, tal circunstancia no se corrobora ni por asomo, en efecto el artículo 174 de la Constitución nacional que en su pertinente dispone, cuanto sigue: “Los Tribunales Militares solo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificadas como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo...Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses...”, es decir que la disposición constitucional transcripta y contenida en la parte dispositiva de la Carta Magna establece claramente el supuesto que necesariamente debe configurarse para que se inicie el procedimiento en la jurisdicción militar, esto es, tratarse de delitos y faltas de carácter militar y cometidos por militares en servicio activo. ¿Pero qué ocurre si la circunstancia fáctica o el hecho se encuentra igualmente previsto y penado por la ley penal común?, como lo es el caso de autos (la conducta del teniente de caballería Hugo Daniel Silva fue calificada como homicidio simple) y que el impugnante insiste que debió desarrollarse por el procedimiento ordinario o común. La propia norma aporta la solución al enunciar que no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses, en el caso de autos –al decir del dictamen fiscal- se dan ambos requisitos ya que el condenado era Teniente de Caballería en servicio activo y con rango militar y el homicidio ocurrió en ejercicio de sus funciones de Comandante de Cuartel, dentro del recinto de la unidad castrense –RCM N° 1 Coronel Valois Rivarola con asiento en Pozo

Colorado. Nótese que el campo de aplicación de la norma constitucional se materializa exclusivamente con la concurrencia de los presupuestos señalados, sin que ningún otro supuesto de hecho deba tenerse en cuenta a los efectos de sustraerlo de la competencia castrense; tal como lo pretende el impugnante al señalar la existencia de sanciones menos gravosas en el fuero ordinario. Por lo tanto, no caben dudas que la justicia militar es la competente.

En cuanto a la pretendida declaración de arbitrariedad, fundada en la errónea valoración de una prueba pericial, se advierte que este mismo agravio ya fue planteado ante la Suprema Corte de Justicia Militar, habiendo sido objeto de consideración y pronunciamiento en el fallo hoy impugnado, por lo que mal podríamos abocarnos nuevamente a su estudio, sobre todo cuando en relación al mismo no se advierte transgresión de precepto constitucional alguno.

En relación a la violación del principio de igualdad y a la violación de los artículos 16-- de defensa en juicio- y 17 inciso 1 –presunción de inocencia- de la Constitución Nacional, mencionados por el recurrente en su escrito de interposición de la acción que nos ocupa, los mismos hacen referencia a garantías y derechos procesales cuya observancia no aparecen incumplidas a la luz de las constancias arribadas a estudio. Nótese que la independencia, imparcialidad y ecuanimidad del Tribunal Militar, está plenamente garantizada dentro del proceso judicial militar, a tenor del artículo 6 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares, asimismo el Código de Procedimientos Penal Militar establece los siguientes principios y garantías procesales: artículo 2 (independencia), artículo 5 (juez natural), artículo 6 presunción de inocencia), artículo 7 (defensa en juicio), artículo 8 (interpretación), artículo 9 (prohibición de doble juzgamiento), artículo 10 (juicio previo); artículo 11 (duda), artículo 41 (instrucción sumaria), artículo 108 (término de prueba), artículo 228 (de la sentencia) artículo 235 (del procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia), entre otros, que garantizan la efectiva vigencia de los derechos procesales de la persona sometida a dicho procedimiento.

En el presente caso se constata que el incoado tuvo oportunidad suficiente para ejercer ampliamente su defensa, tal y como se constata de las constancias de autos y plasmados en los fallos impugnados.

El impugnante -repetiendo argumentos- sostiene un quiebre del principio de igualdad en perjuicio de su defendido al sostener que la calificación por homicidio sin premeditación otorgada en el fuero militar -artículo 252

del Código Penal Militar- establece una sanción que va de 8 a 12 años (su cliente fue condenado a 8 años), en cambio, la legislación penal ordinaria dispone una pena que va hasta 5 años para el homicidio culposo, por lo que partiendo de su disquisición, tanto el Juzgado Penal Militar como la Suprema Corte de Justicia Militar debieron aplicar este último por imperio del artículo 47 de la Constitución Nacional por ser la más favorable; lo que no se comprende es el razonamiento seguido por el mismo para equiparar a ambos tipos penales, más bien se nota que es producto de un paralelismo liso y llano en cuanto a la gravedad o menos gravedad de las sanciones contenidas en ambos cuerpos legales, además de no existir ninguna correspondencia entre una y otra figura, por lo que este argumento no resulta válido para sostener la violación del principio de igualdad invocado.

Asimismo, en cuanto a la violación del artículo 256 segundo párrafo de la Constitución Nacional, se puede concluir que los fallos impugnados no infringen el deber legal de fundamentación, los magistrados obraron dentro del deber de discrecionalidad contemplado por la función que desempeñan. En tal proceder no se advierte conculcación de mandatos constitucionales.

Se concluye que tanto la actuación del Aquo y de la Suprema Corte de Justicia Militar, se efectuaron dentro del marco legal establecido por la Constitución Nacional y las leyes que rigen la materia.

Por todo lo expuesto considero que los fallos impugnados, en materia de fundamentación, son autosuficientes y no puede ser catalogado de arbitrarios. No evidencian incoherencias, contradicciones o conculcación de principios y garantías constitucionales que ameriten la declaración de inconstitucionalidad. Por tanto, no encuentro méritos suficientes ni reales que ameriten una intervención bajo la tutela del control de constitucionalidad al acto jurisdiccional objeto de cuestionamiento en la presente acción.

Por las consideraciones que anteceden opino que la presente acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: En escrito de Acción de Inconstitucionalidad se puede verificar que el Abogado José Ramón Álvarez, representante del Sr. Hugo Daniel Silva Quevedo, recurre las resoluciones: 1) S.D. N° 1 del 6 de marzo de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Tercer Turno que resolvió: "CALIFICAR la conducta atribuida al TTE. CAB. HUGO DANIEL SILVA QUEVEDO dentro de las previsiones establecidas en el art. 252, primera parte del Código Penal Militar, y en consecuencia, II CONDENAR al TTE. CAB. HUGO

DANIEL SILVA QUEVEDO, de las demás condiciones personales mencionadas en el acápite de esta resolución a la pena de OCHO AÑOS (8) DE PRISIÓN MILITAR, que lo seguirá cumpliendo en la Prisión Militar de Viñas Cué, en libre comunicación y a disposición de este juzgado y que lo tendrá por compurgada en fecha 16 de abril de 2014. III DECLARAR que el fallecimiento del SGTO 1° SAN JUAN FREDYS FLORENTIN FERNANDEZ ocurrió en acto de servicio y en consecuencia con derecho a los beneficios previstos en el art. 124 último párrafo de la Ley 1115 Del Estatuto del Personal Militar...”, y; 2) el Acuerdo y Sentencia N° 1/07, dictada por la Suprema Corte de Justicia militar en fecha 14 de junio de 2007 que dice: “1. RECHAZAR el Recurso de Nulidad interpuesto por la Defensa del TTE CAB HUGO DANIEL SILVA QUEVEDO, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2. CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia Definitiva N° 1 de fecha 06 de Marzo de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Militar del Tercer Turno...” (sic).

Antes del análisis de las cuestiones sometidas a consideración de esta Sala Constitucional, debemos considerar la verificación de viabilidad formal de la Acción de Inconstitucionalidad, para lo cual nos remitimos a las disposiciones del Art. 550 del Código Procesal Civil que faculta a toda persona lesionada en sus legítimos derechos, ya sea por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan los principios o normas de la Constitución, a promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido en las disposiciones del Art. 556 del mismo cuerpo legal. Al respecto, esta última refiere que procederá la acción contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por si misma sean violatorias de la Constitución; o b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550, parafraseando precedentemente.

Prosiguiendo con el estudio de la admisibilidad, para determinar el cumplimiento de las formalidades procesales al instaurar la acción, el artículo 557 del CPC, establece el plazo de nueve días para deducirla, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia.

En el caso de autos, la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia Militar, hoy impugnada, fue notificada el 19 de junio de 2007 y, su escrito de promoción fue presentado en la Secretaría de la Corte Suprema

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

de Justicia el 28 de junio de mismo año; por lo tanto, corresponde tener por presentado en término la Acción de Inconstitucionalidad, solo con relación a dicha resolución, no así contra la Sentencia Definitiva dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Tercer Turno.

Una vez cumplidos los requisitos formales, corresponde atender los fundamentos del recurrente, para considerar inconstitucional el Acuerdo y Sentencia N° 1 del 14/06/07, dictada por la Suprema Corte de Justicia Militar. En efecto, los fundamentos del accionante podemos resumirlos como sigue:

a) La defensa ataca las resoluciones individualizadas precedentemente alegando supuestas violaciones “EL DEBIDO PROCESO: VIOLACIÓN DEL MISMO EN LA CAUSA EN DODNE FUERON DICTADAS LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS”; al respecto manifiesta que su presentado fue sometido a un proceso penal militar, distinto al debido (proceso penal ordinario), pues el hecho por el cual fue investigado es homicidio doloso, tipificación que no contiene el código penal militar; seguidamente cuestiona la competencia del Juez militar y de las penas aplicadas, con un razonamiento derivado del anterior sosteniendo que si no existe delito tipificado, no existe castigo posible *Nullumcrimen sine lege*;

b) Seguidamente, bajo el subtítulo “SENTENCIAS ARBITRARIAS: POR VALORACIÓN INSUFICIENTE DE LA PRUEBAS Y FALTA DE MOTIVACIÓN EN LAS RESOLUCIONES”, sostiene que la resolución del Juez de Primera Instancia fue dictada sin fundamento, para ello realiza la transcripción de una parte del considerando y critica el valor dado a un testimonio. Igual procedimiento lo realizó con la Sentencia confirmatoria del Tribunal, calificando a la misma de motivación aparente o falaz, pasando a negar hecho cierto que compruebe la autoría o responsabilidad de su representado finalmente recalcó que el Juez presumió en su fallo la supuesta certeza con relación al autor del hecho del dicho de un testigo de referencia, considerada por su parte como fundamental.

c) Finalmente, bajo el acápite: “VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD”, afirma que con la aplicación del Art. 252 del Código Penal Militar se vulnera el Art. 47 de la Constitución Nacional, pues aquel prevé un marco penal mayor que el previsto en el Art. 107 del Código Penal que castiga el Hecho Punible de Homicidio culposo.

La jurisprudencia materializada en el Acuerdo y Sentencia N° 443 de la C.S.J. de fecha 29 de diciembre de 1995, delinea las características de

una sentencia arbitraria al referir: “La sentencia sería arbitraria si omitiera considerar cuestiones planteadas, o si prescindiera del texto legal y de pruebas decisivas o invocara pruebas inexistentes, incurriendo en contradicciones y otras situaciones que denoten más bien voluntad discrecional del magistrado...”.

Para que proceda la calificación de un fallo como arbitrario, el mismo debería de carecer de fundamentos adecuados y suficientes, incurrir en omisiones o desaciertos, o no advertirse sustento jurídico, razones éstas, que sí lo calificarían al mismo como acto judicial arbitrario y por ende, improcedente.

En este contexto, conviene señalar que la fundamentación del recurrente para calificar el fallo de la Suprema Corte de Justicia Militar no pasa de ser una crítica del modo en que el Tribunal de Apelaciones realizó su razonamiento. La disidencia del impugnante con el argumento utilizado por los Magistrados de ninguna manera priva de coherencia al fundamento de la resolución cuestionada ni mucho menos la hace objeto de la presente acción.

Respecto a la presunta inobservancia del Debido Proceso, a criterio de esta Magistratura no pasan de ser controversias sobre cuestiones de competencia que se deben promover al inicio del proceso y no luego de haber consentido la competencia que se reclama e inclusive de haber hecho uso del derecho de impugnación, sometiendo la cuestión a consideración de la Corte Militar, como es la situación que se verifica en los autos principales.

Finalmente, la concepción errónea del recurrente del significado del Principio de Igualdad, reducida a un paralelismo infundado entre normas jurídicas pertenecientes a distintos ordenamientos positivos (jurisdicción militar - ordinaria) no hace otra cosa que afirmar el convencimiento de que las actuaciones del Aquo y de la Suprema Corte de Justicia Militar, se circunscriben dentro del marco legal que les rigen, sin que fueran violentadas, ni las reglas de debido proceso, ni la defensa en juicio.

En base a las consideraciones que preceden, en inteligencia de esta Magistratura, la Acción de Inconstitucionalidad no puede prosperar, correspondiendo su rechazo. Es mi voto.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Antonio Fretes Y Gladys Bareiro De Módica.

Ante Mí: Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario Judicial I.

\*\*\*

### Sala Penal

#### ACUERDO SENTENCIA N° 703

**Cuestión debatida:** *El fallo se aboca a los agravios de la parte que recurre la sentencia contencioso-administrativa, que hizo lugar a la demanda de un Oficial de las Fuerzas Armadas, con graduación de Coronel de la Fuerza Aérea Paraguaya, el que resultó desvinculado del servicio activo, disponiéndose su pase a retiro por el Decreto del Poder Ejecutivo, fundado en la determinación de la Junta de Calificación de Servicios, consecuentemente ordenando sea revocado dicho decreto y ordeno la reincorporación con el pago de los beneficios establecidos en la Ley 1115/97.*

#### **LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Junta de Calificación de servicios.**

Como antecedentes directos al presente caso, cabe resaltar el análisis del legajo del actor (fs. 51/55) realizado por el Tribunal de Cuentas, además de las planillas de calificaciones logradas en los últimos años, las que resultaron evaluadas por sus mandos superiores directos, abarcando el conocimiento de las cualidades intelectuales, morales, de conducta, rendimiento profesional y capacidad física para el desempeño de las funciones del personal a ser calificado (artículo 75), de los que no solo queda demostrada la ausencia de cualquier tipo de faltas pasibles de sanción (fs. 61), sino que

presentan un promedio general MUY BUENO en las calificaciones alcanzadas por el Coronel ERLICH CABLAR SERPA de las posibles a ser obtenidas, regladas por el artículo 79 del “Estatuto del Personal Militar” (que en la reglamentación otorga a la calificación muy bueno la puntuación 9 en adelante, de la escala comprendida de 1 a 10.

La Junta de Calificación de Servicios de Oficiales, órgano de indiscutible competencia por expreso mandato del artículo 83, inciso a) de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar” al momento de evaluar a los efectivos de las Fuerzas Armadas para los ascensos correspondientes, debe ceñir sus actos a las reglas establecidas por ley de antemano para cada caso concreto, sin margen para la apreciación subjetiva. Es decir, la conducta del órgano evaluador está dictada con antelación por una regla de derecho, para el presente caso, específicamente por el Capítulo VII de la ya citada norma, a la que debe atenerse.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR.  
Junta de Calificación de servicios.**

La Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales no fundó la insuficiencia o ineptitud alegada, tampoco lo hizo respecto a cualquier conducta cometida por el actor, que amerite su pase a retiro, y sin embargo, pese a toda la ausencia indicada, dictaminó la desvinculación del actor como componente castrense, con mérito en una supuesta calificación insuficiente obtenida por el mismo, contradictoriamente a las probanzas de autos, y apartándose de lo estatuido por el numeral d) del artículo 83 de la Ley 1.115/97, el que expresamente dispone: “Artículo 83.- Compete a la Junta de Calificación de Servicios: d) expedirse sobre la lista de clasificación, teniendo como base de estudio y decisión la foja de servicios del personal”. Tampoco en autos fue demostrada situación alguna que amerite su pase a retiro.

**C.S.J. Sala Penal. 25/08/2009. “Erich Cabral Serpa c/ Decreto N° 10.513 de fecha 28 de junio de 2007 dictado por el Poder Ejecutivo (Ac. y Sent. N° 703).**

**CUESTIONES:**

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIÓ DICIENDO: La parte recurrente no fundamenta en forma expresa este recurso. Por lo demás, no advirtiéndose en el fallo recurrido vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad, en los términos autorizados por los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde tenerlo por desistido de este recurso. ES MI VOTO.

A su turno, los Doctores PUCHETA de CORREA y OSCAR BAJAC manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIÓ DICIENDO: El Procurador General de la República, al exponer los agravios a su representada contra el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 09 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala hace una extensa transcripción del cuerpo de la resolución judicial atacada, para agregar que el tribunal contencioso no reconoce la atribución de la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales de las Fuerzas Armadas de la Nación de asignar las calificaciones de los Oficiales en servicio activo, para sus respectivos ascensos, en base a las aptitudes, actitudes, méritos y desméritos, resultando evaluados en forma individuales. Prosigue, en el ánimo de dar fuerza a la tesis seguida como recurrente, transcribiendo los artículos 83, 84 y 86 de la Ley 1.115/97 “Del Estatuto del Personal Militar”, invocándolos, y afirmando que lo dispuesto por la Junta de Calificación de Servicio de Oficiales en su sesión N° 100 de fecha 04 de diciembre de 2006 se halla ajustado al principio de legalidad, o sea que a decir de la Procuraduría, el fallo está ajustado a derecho, y también es facultad del Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, el pase a retiro del actor de la demanda. Solicita se haga lugar al recurso de apelación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 09 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

ARGUMENTO DE LA PARTE ACTORA. Afirma que el presente recurso de alzada es al mero efecto dilatorio, dado el resultado adverso a la parte impetrante, quedando evidenciado lo señalado de lo afirmado por el

Procurador al decir que “hubo una equivocada interpretación y apreciación por parte del Tribunal de Cuentas”, y rebate tal argumento sostenido por la parte recurrente, en el punto que afirma a la resolución de la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales es ajustada al principio de legalidad, haciendo parecer que haya sustento en el artículo 138 inc. f) de la Ley 1.115/97. Afirma la parte actora que la ley no concede facultades de recomendar el pase a retiro de oficio para oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, tampoco figura en la norma mentada la recomendación del retiro de oficio sin expresión de causa, siendo que todas las resoluciones de dicha Junta deben ser resueltas fundadamente respecto a las cuestiones sometidas a su decisión, y además manifiesta haber sido privado de cualquier ejercicio en su defensa, por lo que solicita se confirme el fallo apelado.

**ANÁLISIS DEL CASO.** En la presente demanda contencioso-administrativa, estamos ante el caso de un Oficial de las Fuerzas Armadas, con graduación de Coronel de la Fuerza Aérea Paraguaya, el que resultó desvinculado del servicio activo, disponiéndose su pase a retiro por el Decreto N° 10.153/07, fundado en la determinación de la Junta de Calificación de Servicios.

El actor del presente contencioso, comprendido como personal permanente de conformidad al inc. a) del artículo 6 de la Ley 1.115/97, impugnó la disposición del Decreto supra mentado, afirmando que el acto administrativo impugnado cercena los derechos del mismo, y que carece de asidero legal para disponer su pase a retiro.

El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala por Acuerdo y Sentencia, el que lleva el número 31 de fecha 09 de mayo de 2008, resolvió: “HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa instaurada en esos autos por el Cnel. S.R. ERLICH CABRAL SERPA instaurada contra el Decreto N° 10.513 de fecha 28 de junio de 2007, dictado por el Poder Ejecutivo...” “2) REVOCAR el citado acto administrativo con la reincorporación del Cnel. ERLICH CABRAL SERPA a las FF.AA de la Nación, en el mismo grado (Coronel) y antigüedad de su promoción, con el beneficio acordado por el artículo 170 de la Ley 1.115/97 si correspondiere.

Como antecedentes directos al presente caso, cabe resaltar el análisis del legajo del actor (fs. 51/55) realizado por el Tribunal de Cuentas, además de las planillas de calificaciones logradas en los últimos años, las que resultaron evaluadas por sus mandos superiores directos, abarcando el conocimiento de las cualidades intelectuales, morales, de conducta, rendimiento

profesional y capacidad física para el desempeño de las funciones del personal a ser calificado (artículo 75), de los que no solo queda demostrada la ausencia de cualquier tipo de faltas pasibles de sanción (fs. 61), sino que presentan un promedio general MUY BUENO en las calificaciones alcanzadas por el Coronel ERLICH CABLAR SERPA de las posibles a ser obtenidas, regladas por el artículo 79 del “Estatuto del Personal Militar” (que en la reglamentación otorga a la calificación muy bueno la puntuación 9 en adelante, de la escala comprendida de 1 a 10)

En rigor de justicia, la administración pública debe desplegar siempre su actividad bajo el reinado de la legalidad.

La Junta de Calificación de Servicios de Oficiales, órgano de indiscutible competencia por expreso mandato del artículo 83, inciso a) de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar” al momento de evaluar a los efectivos de las Fuerzas Armadas para los ascensos correspondientes, debe ceñir sus actos a las reglas establecidas por ley de antemano para cada caso concreto, sin margen para la apreciación subjetiva. Es decir, la conducta del órgano evaluador está dictada con antelación por una regla de derecho, para el presente caso, específicamente por el Capítulo VII de la ya citada norma, a la que debe atenerse.

Apartarse de las disposiciones de dicho plexo legal a fin de evaluar a los integrantes de las fuerzas castrenses, implicaría, lo que aceptada doctrina administrativista da en llamar – desviación de poder – como vicio del acto administrativo, que vio sus orígenes ante el Consejo de Estado francés, llegando a lo largo de su evolucionar a casi la totalidad de las legislaciones contemporáneas.

Para que el acto resulte afectado por este vicio, no es imprescindible que la norma haga referencia expresa a este vicio, pues se trata de una expresión implícita de ilegitimidad, de una violación de la ley, facultando al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la validez o regularidad del acto administrativo impugnado.

La Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales no fundó la insuficiencia o ineptitud alegada, tampoco lo hizo respecto a cualquier conducta cometida por el actor, que amerite su pase a retiro, y sin embargo, pese a toda la ausencia indicada, dictaminó la desvinculación del actor como componente castrense, con mérito en una supuesta calificación insuficiente obtenida por el mismo, contradictoriamente a las probanzas de autos, y apartándose de lo estatuido por el numeral d) del artículo 83 de la Ley

1.115/97, el que expresamente dispone: “Artículo 83.- Compete a la Junta de Calificación de Servicios:” “d) expedirse sobre la lista de clasificación, teniendo como base de estudio y decisión la foja de servicios del personal”. Tampoco en autos fue demostrada situación alguna que amerite su pase a retiro.

El pase a “retiro temporal” del Coronel D.E.M. ERLICH CABRAL SERPA, dispuesto por el Decreto N° 10.513/07 del Poder Ejecutivo, motivada a propuesta de la Junta de Calificación, resulta absolutamente infundado, carente de todo sustento fáctico y jurídico, denotando una contradicción entre los informes contenidos en la foja de servicio personal del Coronel afectado, las calificaciones anteriores obtenidas por el mismo.

Su pase a retiro como militar de carrera, sin completar los años de servicios prestados como efectivo de las Fuerzas Armadas, y en ausencia de cualquier situación que amerite tal disposición, permite concluir válidamente que ello devino de manera prematura, y reitero, absolutamente infundada, cercenando el derecho conferido al personal militar, conculcado en el artículo 17 incisos a) , b) y e) de la Ley 1.115/97, es decir, de ostentar el grado obtenido, y percibir el haber correspondiente, así como los beneficios adicionales de acuerdo a la situación, sean estos para su calidad de personal en servicio activo, como para cumplimentado los requisitos previstos, los beneficios correspondientes otorgados por la calidad de militar en situación de retiro.

Doy mi voto por la improcedencia del recurso en alzada, interpuesto por el Procurador General de la República contra el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 09 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, fundado en el artículo 173 de la Constitución Nacional, 6, 17 incisos a), b) y e), 73, 74, 83 num d), y 170 de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”, debiendo la resolución recurrida ser confirmada. En cuanto a las costas, en ausencia de todo hecho que motive apartarse del principio del riesgo objetivo, contenido en el artículo 192 del Código Procesal Civil, deben ser impuestas a la parte perdedora. Es mi voto

A su turno, la Doctora ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, y MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VISTOS: los méritos del acuerdo que anteceden, la

C O R T E S U P R E M A D E J U S T I C I A

S A L A P E N A L

R E S U E L V E :

DESESTIMAR el recurso de nulidad concedido en estos autos de conformidad a lo expuesto en la presente resolución.

NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 09 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 09 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala

IMPONER a la parte perdidosa

ANOTAR registrar y notificar

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta y Miguel Oscar Bajac

Ante mi: Karina Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 838

***Cuestión debatida:** Se estudia en esta instancia la legalidad de un Decreto y su contenido, analizando si fue correcto el sentido en que se resolvió la cuestión por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.*

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios.**

Que la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales para decretar el retiro temporal de un Oficial, no puede esgrimir causales que después no puedan ser sostenidas. En efecto, estas causas además de ser las que se hallan encuadradas dentro de los supuestos determinados por el art.138 de la Ley 1115/97 "Del Estatuto del Personal Militar" y el Decreto N° 21.839/98, deben basarse en hechos realmente comprobados, lo que en el presente caso no ha acontecido.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. SENTENCIA. Fundamentación.**

No puede este organismo tomar determinaciones tan graves como la de poner fin a la carrera de un Oficial, sin tener sólidos fundamentos legales para ello. Las disposiciones legales mencionadas más arriba, establecen los puntos a ser considerados y el tiempo que tienen para formar un concepto del personal, para posteriormente formular la calificación correspondiente.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. SENTENCIA. Fundamentación.**

Que si bien la Junta de Calificaciones de Oficiales tiene un cierto margen de discrecionalidad, este margen está acotado por las disposiciones legales y sus normas reglamentarias que rigen sus determinaciones. Cualquier decisión que dicha Junta adopte que se salga de ese margen normativo, carece de apoyatura legal. En esta causa, además de no estar explicitados los motivos que llevaron a decretar el pase a retiro temporal del accionante, los fundamentos legales para adoptar tal determinación fueron desvirtuados conforme se desprende de las probanzas obrantes autos.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. SENTENCIA. Fundamentación. PODER EJECUTIVO. Decreto.**

Que en conclusión, el el Decreto N° 8.180 de fecha 15 de Setiembre de 2006, dictado por el Poder Ejecutivo, adolece de lo que en doctrina se denomina del vicio de violación de la ley por razón de los motivos. Adolece de este vicio, porque los motivos legales que se han invocado en el Decreto impugnado para adoptar la decisión de pasar a retiro temporal al Mayor DEM (SR), no han tenido existencia comprobada. Reitero, no han sido probados en la presente litis las razones invocadas en la decisión Administrativa como determinantes de ella.

**C.S.J. Sala Penal. 24/11/2009. “Mayor DEM (SR) Juan Emilio Galeano Jimenez c/ Decreto N° 8.180 del 15 de setiembre 2006. Dic. por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 838).**

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

### CUESTIONES:

Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, NUÑEZ y BAJAC.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA DRA. ALICIA PUCHETA DE CORREA DIJO: El Procurador Adjunto de la Procuraduría General de la República Abogado Víctor Emmanuel Arriola Rojas, no ha fundado específica y concretamente el Recurso de Nulidad incoado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los arts.113 y 404 del C.P.C. Corresponde en consecuencia desestimar este Recurso.

A su turno los Señores Ministros, manifiestan que se adhieren al voto de la Sra. Ministra Sra. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. ALICIA PUCHETA DE CORREA DIJO: El Tribunal de Cuentas 2ª Sala, por Acuerdo y Sentencia N°.108 de fecha 14 de Agosto de 2.008, resolvió: “RESUELVE.....1) HACER LUGAR, a la demanda contencioso administrativa instaurada por el Sr. JUAN EMILIO GALEANO JIMENEZ contra el Decreto N°.8.180 de fecha 15 de Setiembre de 2.006, dictado por el Poder Ejecutivo, y en consecuencia. 2) DEROGAR, el Decreto N°.8.180 de fecha 15 de Setiembre de 2.006, dictado por el Poder Ejecutivo, y en consecuencia: 3) DISPONER, la reincorporación inmediata del actor a las Fuerzas Armadas con el rango que a la fecha ostenta su promoción, debiendo abonarse además, todos los salarios caídos durante el lapso de sustanciación de los autos en sede administrativa y jurisdiccional, de conformidad con los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Resolución. 4) IMPONER LAS COSTAS, a la parte perdedora.

Que el Procurador Adjunto se agravió en contra de la precitada Resolución, señalando que el a-quo no reconoce a la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales de las FF.AA, la atribución legal que posee en el sentido de asignar las calificaciones a los Oficiales en situación de ascenso, conside-

rando sus aptitudes, actitudes, méritos y desméritos, evaluando razonablemente la situación de cada uno, para finalmente calificar a los afectados. Arguyó que lo resuelto por la Junta de Calificación se ajustó al principio de legalidad, y ello es así debido que, la Junta ha cumplido estrictamente los requisitos establecidos en el art.138 inc.f) de la Ley N°.1.115/97 “Del Estatuto del Personal Militar”, para el Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de las FF.AA de la Nación, dispusiera el pase a retiro del accionante, basado en la recomendación de la referida Junta de Calificación de Servicios. Siguió diciendo el apelante que con respecto a la calificación que la merece la Junta de Calificación de Servicios, ésta es una facultad que le es asignada por la ley, concretamente el art.117 de la Ley 1115/97, que dice: “La calificación definitiva de aptitud y actitud del personal para el ascenso o pase a la inactividad es facultad privativa de la Junta de Calificación de Servicios”, y que no existe otra institución para el pase a retiro, para el cual debe cumplirse los extremos contenidos en el art.138. Reiteró que como se podrá apreciar el Estado Militar consagra con meridiana claridad que la calificación definitiva, ya sea para el ascenso como para el pase a la inactividad, es una facultad privativa de la Junta de Calificación de Servicios. Expreso que todo lo resuelto por la Junta de Calificación se halla ajustado a derecho, teniendo en cuenta que la decisión fue producto de un análisis minucioso de todos los antecedentes del actor. Acotó que el Acuerdo y Sentencia N°.108 causa un gravamen irreparable a su parte, por haber aplicado la ley erróneamente, no reconociendo la facultad de la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales de las FF.AA, como atribución para calificar a los Oficiales. Concluyó peticionando la revocación en todas sus partes de la Sentencia impugnada.

Que pasando a estudiar el fondo de la cuestión planteada, visualizo que el ad-quem para hacer lugar a la presente demanda, alegó que en el considerando del Decreto N°.8.180/06 que concedió el retiro temporal al accionante, se hace alusión al art.138 incisos a) e i) de la Ley 1115/97, que disponen: a) que haya cumplido los años de actividad como oficial, suboficial o empleado militar que se establecen en el anexo 3 (inaplicable al actor dado los años con que cuenta a la fecha); i) condena emanada de la justicia militar (que no existe) o decisión de la Junta de Calificaciones de Servicios (que para determinar el pase o retiro temporal o definitivo, debe surgir como consecuencia de hechos realmente comprobados, pasados en autoridad de cosa



juzgada. Añadieron que de la lectura del Acta N°.161 de la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales (fs.100/101), se advierte que a la fecha de la reunión del aludido Tribunal, aún no se había emitido la calificación legal, materializándose ese hecho recién el 10 de Noviembre de 2.005, siendo calificado sin preámbulo alguno con 4000, no asciende y retiro. Arguyeron que la Junta de Calificaciones no puede disponer discrecionalmente sobre la suerte de los subalternos, debiendo estar siempre esta discrecionalidad limitada por los principios y garantías de la ley. Igualmente manifestaron que la Junta de Calificaciones ha formulado una calificación arbitraria que no se ajusta a las disposiciones legales (Estatuto del Personal Militar – Ley 1115/97 y su Decreto reglamentario N°.21.839/98). Por otro lado, acotaron que a fs.150/157 se halla agregada la planilla de calificación del examen físico, donde consta que el actor fue calificado con 10.000, equivalente a excelente, como así también la calificación final del curso de Estado Mayor, con 80,845, equivalente a muy bueno, con lo cual queda demostrada la arbitrariedad de la calificación 04,00 que evidentemente fue al sólo efecto de separarlo del servicio.

Que en ese orden de cosas, debo señalar que auscultando las constancias obrantes en autos, advierto que las causales esgrimidas en el Decreto N°.8.180/06, dictado por el Poder Ejecutivo, para conceder la baja temporal al Mayor DEM (SR) Juan Emilio Galeano, hacen referencia al art.138 incisos a) e i) de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”. Este artículo determina los supuestos para otorgar el retiro de oficio. El inc.a) dispone el retiro del militar que haya cumplido los años de actividad, como oficial, sub-oficial o empleado militar que se establecen en el Anexo 3. A su vez el inc.i) dispone el retiro del militar por condena emanada de la Justicia Militar o decisión de la Junta de Calificación de Servicios. Los extremos mencionados en estos incisos no se hallan configurados en el caso del administrado. En efecto, digo que no se hallan configurados porque el accionante no cuenta con los años de actividad para que le sea aplicable el inc.a). Asimismo, tampoco ha sido condenado por la Justicia Militar.

Que la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales para decretar el retiro temporal de un Oficial, no puede esgrimir causales que después no puedan ser sostenidas. En efecto, estas causas además de ser las que se hallan encuadradas dentro de los supuestos determinados por el art.138 de la Ley 1115/97 “Del Estatuto del Personal Militar” y el Decreto N°.21.839/98, deben basarse en hechos realmente comprobados, lo que en el

presente caso no ha acontecido. En ese orden de cosas, de una lectura del Acta N<sup>o</sup>.161 de la Junta de Calificaciones (fs.100), observo que se califica la conducta del administrado el Mayor DEM (SR) Juan Emilio Galeano Jiménez con una nota 4,00 sin mayores precisiones ni aclaraciones. Es decir, no explicaron en que se basaron para llegar a esa calificación, que determinó su pase a retiro temporal. No puede este organismo tomar determinaciones tan graves como la de poner fin a la carrera de un Oficial, sin tener sólidos fundamentos legales para ello. Las disposiciones legales mencionadas más arriba, establecen los puntos a ser considerados y el tiempo que tienen para formar un concepto del personal, para posteriormente formular la calificación correspondiente.

Que si bien la Junta de Calificaciones de Oficiales tiene un cierto margen de discrecionalidad, este margen esta acotado por las disposiciones legales y sus normas reglamentarias que rigen sus determinaciones. Cualquier decisión que dicha Junta adopte que se salga de ese margen normativo, carece de apoyatura legal. En esta causa, además de no estar explicitados los motivos que llevaron a decretar el pase a retiro temporal del accionante, los fundamentos legales para adoptar tal determinación fueron desvirtuados conforme se desprende de las probanzas obrantes autos. A fs.150/157 se encuentra la planilla de calificación del examen físico realizado por demandante, donde consta que fue calificado con nota 10.000, lo que equivale a excelente, y la calificación final que el mismo tuvo cuando realizó el Curso de Estado Mayor, que es de 80,845, lo cual demuestra indudablemente que la calificación que le diera la Junta de Calificaciones de 4,000, no guarda ninguna relación con sus antecedentes, siendo esta calificación puesta al sólo efecto de apartarlo temporalmente de la carrera militar.

Que en conclusión, el Decreto N<sup>o</sup>.8.180 de fecha 15 de Setiembre de 2.006, dictado por el Poder Ejecutivo, adolece de lo que en doctrina se denomina del vicio de violación de la ley por razón de los motivos. Adolece de este vicio, porque los motivos legales que se han invocado en el Decreto impugnado para adoptar la decisión de pasar a retiro temporal al Mayor DEM (SR) Juan Emilio Galeano, no han tenido existencia comprobada. Reitero, no han sido probados en la presente litis las razones invocadas en la decisión Administrativa como determinantes de ella. Consecuentemente, no cabe otra alternativa que confirmar el Acuerdo y Sentencia N<sup>o</sup>.108 de fecha 14 de Agosto de 2.008 y su Aclaratoria N<sup>o</sup> 122 del 10 de setiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, debiendo las costas del

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

pleito ser impuestas a la parte perdidosa en ambas instancias. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. VICTOR NUÑEZ y MIGUEL OSCAR BAJAC manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

VISTOS: Los meritos del acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

1- DECLARAR desierto el Recurso de Nulidad.

2.- CONFIRMAR Acuerdo y Sentencia N° 108 de fecha 14 de Agosto de 2.008 y su Aclaratoria N° 122 del 10 de setiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, conforme al exordio de la presente resolución.

3.- IMPONER las costas a la parte perdidosa.

4.- ANOTAR y notificar.

Ministros: Alicia Beatriz Pucheta De Correa, Victor Manuel Nuñez Y Miguel Oscar Bajac

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria.

\*\*\*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 63

**Cuestión debatida:** *Como se puede precisar el sumario administrativo contra un Policía, surgió como consecuencia de las publicaciones periódicas de hallazgo de líneas telefónicas celulares encontradas en poder de los detenidos (Caso asalto a un Banco de plaza), las cuales estaban habilitadas a nombre del actor de esta demanda.*

*Corresponde determinar si el Policía, ha faltado al cumplimiento de sus obligaciones. Y si las resoluciones objeto de recurso son finalmente revocadas o confirmadas.*

**LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. POLICÍA NACIONAL. Sanciones disciplinarias. Baja. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Derecho a la defensa.**

La sanción aplicada al actor, EN EL MISMO SUMARIO, POR OTRAS FALTAS o incumplimientos deliberado de los deberes y obligaciones, relacionados con el tema central aclarado por el Ministerio Público, constituye un exceso, porque no consta en autos que haya sido ampliado el objeto del sumario administrativo, y por ende la competencia del instructor (cuestión de orden público). La omisión procesal configura negligencia imputada al juez instructor y el superior que no la advirtió, y desencadenó como efecto dominó, la nulidad de la Resolución No. 270/06 y el decreto No. 8820/06 del Poder Ejecutivo que sancionó con la baja. (Voto mayoría).

**LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. POLICÍA NACIONAL. Sanciones disciplinarias. Baja. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Derecho a la defensa.**

Ante la falta de acusación para declarar la reprochabilidad del accionante en sede penal, la justicia policial solo hubiera aplicado una sanción no extrema, proporcional a las faltas atribuidas, para evitar la válida impugnación por arbitrariedad (Voto mayoría).

**LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. POLICÍA NACIONAL. Sanciones disciplinarias. Baja. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Derecho a la defensa. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.**

No puede permitirse que una persona sea investigada por un hecho, que se le comunique la acusación para que se le defienda y produzca pruebas sobre ese hecho, y que finalmente el sentenciante lo condene o sancione por otro hecho distinto, aun cuando este haya surgido de la investigación del primer hecho (Voto mayoría).

**C.S.J. Sala Penal. 12/05/2010. “Sub-Crio. Vidal Machado Orihuela c/ Resoluciones N°s. 169 de mayo de 2006 de la Dirección de Justicia Policial; y el Decreto N° 8820 del 29 de setiembre de 2006, del Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 63).**

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Previa Verificación de los antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

### CUESTIONES:

Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, se halla ella ajustada a derecho?

Realizado el sorteo de Ley para establecer el orden de la votación, dio este resultado: BLANCO, BAJAC Y PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTION, el Dr. Sindulfo Blanco, dijo: A fs. 600, el apelante desistió del recurso de nulidad en forma expresa, por lo que se debe tener por desistido del mismo. Por otro lado, no se observa en la resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Así debe ser declarado. ES MI VOTO.

A sus turnos, los MINISTROS BAJAC ALBERTINI Y PUCHETA DE CORREA manifiestan que se adhieren al voto del Ministro que antecede, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL MINISTRO BLANCO, sigue diciendo: la resolución que dispuso la instrucción del sumario administrativo (No. 196/2006) determino el hecho a ser investigado por el Juez designado (por publicación periodística, de fecha 27/04/06 del Diario ABC Color, con el título “Papo Morales habilito teléfono celulares a nombre de un policía”). La Res. No.169, agrego: “que de ser cierto lo que refiere dicha publicación del periódico, el personal policial, habría incurrido en falta a los deberes, prevista y sancionada por la ley 222/93”. En la expresión de agravios contra el fallo del Tribunal de Cuentas, el Procurador delegado de la Procuraduría General de la Republica, admite respecto a dicho mandato... “y si bien fue investigado en el sumario policial, sin embargo este hecho ni fue calificado ni sancionado, porque también le investigo el Ministerio Publico, en cuya instancia pudo constatarse, mediante pruebas periciales, una falsificación de firmas. Razón por la cual la justicia policial lo dejo de lado”. Por consiguiente, la sanción aplicada al actor, EN EL MISMO SUMARIO, POR OTRAS FALTAS o incumplimientos deliberado de los deberes y obligaciones, relacionados con el tema central aclarado por el Ministerio Publico, constituye un exceso, por que no consta en autos que haya sido ampliado el objeto del sumario administrativo, y por ende la competencia del instructor (cuestión de orden publico).

La omisión procesal configura negligencia imputada al juez instructor y el superior que no la advirtió, y desencadenado como efecto domino, la nulidad de la Resolución No. 270/06 y el decreto No. 8820/06 del Poder Ejecutivo que sanciono con la baja a Machado Orihuela.

Por otro lado, independientemente del aspecto definitorio señalado, ante la falta de acusación para declarar la reprochabilidad del accionante en sede penal, la justicia policial solo hubiera aplicado una sanción no extrema, proporcional a las faltas atribuidas, para evitar la valida impugnación por arbitrariedad. VOTO por la confirmación del fallo del Tribunal de Cuentas, 1a. Sala.

A SU TURNO EL MINISTRO BAJAC ALBERTINI dice: Me adhiero al Voto del Ilustre Ministro Preopinante que me antecedió en la emisión de la opinión y agrego lo siguiente: Por Resolución N° 169, de fecha 9 de mayo del 2006, la Justicia Policial resolvió: 1º) INSTRUIR sumarios administrativos al Sub comisario O.S. VIDAL MACHADO ORIHUELA en averiguación y esclarecimiento del publicado; 2º) NOMBRAR como Juez sumariante al SUBCOMISARIO ABOG. MIGUEL ANGEL LEGUIZAMON y como actuario al Suboficial 1ro O.S. JONNY E. ARGUELLO; 3º) DAR INTERVENCIÓN a la Fiscalía General de Juzgados de Instrucción...”.

En base a dicha resolución la instrucción del sumario se limito a la averiguación de la supuesta implicancia del Actor en la habilitación de líneas telefónicas a su nombre que eventualmente fueron utilizadas por os presuntos autores del hecho punible perpetrado contra el ABN AMBRO BANK.

En ese orden de ideas, el sumariado solo podría ser sancionado, sobreseído o absuelto por ese hecho, ello en virtud al Principio de Congruencia que se encuentra íntimamente ligado al Derecho a la Defensa. Así, de haber sido sancionado el sumariado por hechos ajenos al motivo por el que le fue instruido el sumario, la Resolución conculca claramente el Art. 17 de la Constitución Nacional, ya que el mismo baso su defensa únicamente es desvirtuar la acusación de que había habilitado líneas telefónicas a su nombre que fueron presuntamente utilizadas en el atraco al ABN AMBRO BANK. En todo caso, si durante la tramitación del Sumario se hallaron indicios de su participación en otros hechos que podrían considerarse pasibles de sanción, se debió haber ampliado el Sumario en la averiguación del nuevo hecho.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Si bien el Sumario Constituye un acto administrativo y no jurisdiccional, igualmente debe respetarse el debido proceso, en base a lo preceptuado en el Art. 17 de la Constitución Nacional que reza: “En el proceso Penal, o en cualquier otro del cual pueda derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:... 7) La comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación; 8) Que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas”.

Lo citado se encuentra estrechamente ligado al Principio de Congruencia, ya que no puede permitirse que una persona sea investigada por un hecho, que se le comunique la acusación para que se le defienda y produzca pruebas sobre ese hecho, y que finalmente el sentenciante lo condene o sancione por otro hecho distinto, aun cuando este haya surgido de la investigación del primer hecho. ES MII VOTO.

A SU TURNO, LA MINISTRA PUCHETA DE CORREA VOTA EN DISIDENCIA y dice: Discrepo a las conclusiones arribadas por los los ilustres Ministros que me anteceden en el uso de la palabra, por las razones que paso a exponer. Por resolución No. 169 de fecha de 9 de mayo de 2006, dictada por la justicia policial, se resolvió: 1o INSTRUIR sumario administrativo al sub comisario O.S VIDAL MACHADO ORIHUELA en averiguación y esclarecimiento del publicado; 2o NOMBRAR como juez sumariante al SUBCOMISARIO ABOG. MIGUEL ANGEL LEGUIZAMON y como actuario al Suboficial 1ro. O. S Jonny e. Arguello; 3o DAR INTERVENCION a la fiscalía general de juzgados de instrucción... (fs.19 tomo I).

Por resolución No. 270 de fecha 3 de agosto de 2006, el Director interino de la justicia policial, resolvió: 1o CALIFICAR, la falta cometida por el sub-comisario O.S. VIDAL MACHADO ORIHUELA. como grave, conforme a lo establecido en el artículo 15 Numeral 1 teniéndose como agravante lo establecido en el artículo 33 1, y 4 del reglamento disciplinario policial; 2o RECOMENDAR como sanción administrativo al citado oficial superior, lo establecido en el artículo 134 Iten 3 ( baja) y de la ley 222/93 Orgánica Policial, y el art. 16 Inc. “C” del citado reglamento, debiendo este efecto elevar estos autos al tribunal de calificaciones de servicios para oficiales, según lo dispuesto en el Art. 139 de la ya citada Ley Policial. 3o ELEVAR, estos autos a la comandancia de la policía nacional (f.s 212 tomo II).

## JURISPRUDENCIA

Por resolución No. 315 de fecha 17 de agosto de 2006, el comandante interino de la policía nacional, ha resuelto: “1º RECHAZAR, el recurso interpuesto contra la resolución No. 270 de fecha 8 de agosto de 2006, dictada por la dirección de justicia policial y en consecuencia confirmar Resolución motivo del Recurso...” (f.s 27 tomo I).

Por Decreto No. 8820 de fecha 29 de diciembre de 2006, por el cual se da baja a oficial superior y oficiales subalternos de la policía nacional, por faltas graves cometidas en el desempeño de sus funciones. El presidente de la republica del Paraguay, DECRETA Art. 1o danse de baja por faltas graves cometidas en el desempeño de sus funciones, al oficial superior y oficiales subalternos de la policía nacional, que se citan a continuación: 1. O.S VIDAL MACHADO ORIHUELA...”

El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia No. 94 de fecha 22 de octubre de 2008, ha resuelto: “1. HACER LUGAR, a la presente demanda contenciosa administrativa por el SUB COMISARIO O.S VIDAL MACHADO ORIHUELA C/ RESOLUCIONES No. 169 DE FECHA 9 DE MAYO; Y No. 270 DE FECHA 3 DE AGOSTO DE 2006 DE LA DIRECCION DE JUSTICIA POLICIAL Y EL DTO. No. 8820, DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DE 2006, DEL PODER EJECUTIVO, y en consecuencia: 2. REVOCAR la resolución No. 169 DEL 9 DE MAYO DE 2006, LA RESOLUCION No. 270 DEL 3 DE AGOSTO DE 2006, DE LA DIRECCION DE JUSTICIA POLICIAL Y EL DECRETO No. 8820 de 29 DE DICIEMBRE DE 2006, del poder ejecutivo CONFORME A LOS FUNDAMENTOS DE LA PRESENTE RESOLUCION; 3. IMPONER LAS COSTAS, a la parte perdedora...”

Tal como se puede ver en autos, el actor de la presente demanda SUB COMISARIO O.S VIDAL MACHADO, primeramente fue objeto del sumario administrativo por resolución No. 169 DE FECHA 9 DE MAYO DE 2006, este sumario termino con la resolución No. 270 de fecha 3 de agosto de 2006, en donde el director interino de la justicia policial, resolvió: “ 1o CALIFICAR , la falta cometida por el sub comisario O.S VIDAL MACHADO ORIHUELA, como grave, conforme a lo establecido en el articulo 15 numeral 1 teniéndose como agravante lo establecido en el Artículo 33 numeral 1, y 4 del reglamento Disciplinario policial, 2o RECOMIENDA como sanción administrativo al citado oficial superior, lo establecido en el Artículo 134 Ítem 3 ( baja) y de la ley 222/93 orgánica policial, y el art. 16 INC. “C” del citado reglamento,



debiendo a este efecto elevar estos autos al tribunal de calificaciones de servicio para oficiales, según lo dispuesto en el art. 139 de la ya citada Ley policial. 3o ELEVAR, estos autos a la comandancia de la policía Nacional. Posteriormente y como resultado se dio el decreto No.8820 de fecha 20 de diciembre de 2006, por faltas graves.

Como se puede precisar el sumario administrativo surgió como consecuencia de las publicaciones periodísticas de hallazgo de líneas telefónicas celulares encontradas en poder de los detenidos (en el caso de asalto al banco ABN AMOR BANK), las cuales estaban habilitados a nombre del actor de esta demanda.

El señor VIDAL MACHADO ORIHUELA, se desempeñaba como jefe de la sección delitos financieros del departamento delitos económicos de la Policía Nacional.

Corresponde determinar si el Sr. Vidal Machado Orihuela, ha faltado al cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido se puede verificar de las constancias de autos de que existen numerosas pruebas que demuestran que el actor cometió faltas graves en cumplimiento de sus funciones como oficial superior de la policía nacional, previsto y penado en la Ley No. 222/93. Desde las numerosas testificales brindadas durante la tramitación del sumario informativa del comisario Dionisio Villalba, Jefe de Dpto. de delitos Económicos y Financieros, dijo: “ Vidal Machado, le comunico sobre el presunto plan de asalto en contra de ABN AMOR BANL a través de un túnel que estaría ubicado en una vivienda particular y que se encontraba en compañía con la Fiscal Teresa Sosa, esperando orden de allanamiento, ocasión en que le sugirió que no realizara dicho procediendo en ese momento, dándole otro plan para realizar de la mejor forma un operativo que podría resultar mucho mas efectivo; posteriormente volvió a recibir otra llamada comunicándole que ya estaban realizando el allanamiento.. Posterior en una reunión mantenida con la fiscal sosa en la comandancia, que el citado comisario Vidal Machado no le había transmitido la sugerencia dada por el jefe de delitos económicos. En otra parte en la declaración informática del oficial primero O.S Abel Cardozo, manifestó: el comisario Machado se intereso mas en convocar a personal de su confianza y de su entorno que realizar las comunicaciones como corresponde, como así también de informar al dto. Investigaciones de delitos que es la dependencia especializada en hechos de esta naturaleza.

## JURISPRUDENCIA

Conforme a la declaración indagatoria del Sr. Gregorio Morales, que fuera ratificada posteriormente ante el Juzgado de Instrucción, sostuvo: el Comisario Machado, le exigía la entrega de sumas de dinero a cambio de no involucrarlo en la participación de hechos punibles. Quedo demostrado que el Sr. Vidal Machado, no dio importancia alguna a las recomendaciones brindadas por sus superiores. El Reglamento interno de la Policía Nacional, en su Art. 15. “Son faltas graves: Inc. El incumplimiento deliberado de los deberes y obligaciones establecido en la ley y los reglamentos. El artículo 16 del mismo reglamento, expresa. “Las sanciones disciplinarias que se aplicaran a las faltas, a los deberes y obligaciones son:...baja”. El Artículo 33, Serán consideradas agravantes para la aplicación de las sanciones. 1. Cuando la falta cometida afecte el prestigio de la institución...4. la trascendencia publica que haya tenido en hecho que se investiga”. Conforme al reglamento interno que rige a los agentes policiales en servicios, se le aplico el Artículo 134 de la ley N° 222/93. Las Sanciones disciplinarias que se establecen son...-Baja.”, norma legal que se adecua al tipo de falta cometido por el actor y que fueron comprobadas en el tramite del sumario administrativo.

Teniendo en cuenta todo lo mencionado mas arriba y todas las pruebas producidas en el sumario administrativo que sirvieron de base para la aplicación de la sanción que se le fuera impuesta en el Decreto emanado del Poder Ejecutivo, corresponde en derecho revocar el Acuerdo y Sentencia N° 94 de 22 de Octubre de 2008 dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, con costas. Es mi voto.

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

**ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 63**

Asunción, 12 de Marzo del 2010.

**VISTOS:** los meritos del Acuerdo que anteceden, la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

**RESUELVE:**

- 1) **DESESTIMAR** el recurso de nulidad.
- 2) **CONFIRMAR** el Acuerdo y Sentencia N° 94 del 22 de octubre del año 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, de conformidad a lo dispuesto en el exordio de la presente resolución.
- 3) **Anotar y notificar.**

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ministros: Miguel Oscar Bajac, Alicia Pucheta De Correa, Sindulfo Blanco.

Ante mi: Karinna Penoni De Bellasai, Actuaría.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 97

***Cuestión debatida:** La cuestión a dilucidar, resulta determinar si la revocación del pase a retiro, como efectivo de las Fuerzas Armadas de la Nación del Mayor de Intendencia, dispuesta por el Decreto N° 6374 dictado por el Poder Ejecutivo en fecha 16 de setiembre de 2005, y su reintegro a las filas de las fuerzas militares se halla ajustada a derecho y si se respetó el debido proceso.*

**FUERZAS ARMADAS. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Retiro temporal. Junta de Calificación de servicios.**

La Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales para decretar el retiro temporal de un Oficial, no puede esgrimir causales que después no puedan ser sostenidas. En efecto, estas causas además de ser las que se hallan encuadradas dentro de los supuestos determinados por el artículo 138 de la Ley 1.115/97 “Del Estatuto del Personal Militar” y el Decreto, deben basarse en hechos realmente comprobados, lo que en el presente caso no ha acontecido.

**FUERZAS ARMADAS. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. Retiro temporal. Junta de Calificación de servicios.**

Si bien la Junta de Calificaciones de Oficiales tiene un cierto margen de discrecionalidad, este margen está acotado por las disposiciones legales y sus normas reglamentarias que rigen sus determinaciones. Cualquier decisión que dicha Junta adopte que se salga de ese margen normativo, carece de apoyatura legal. En esta causa, además de no estar explicitados los motivos que llevaron a decretar el pase a retiro temporal del accionante, los

fundamentos legales para adoptar tal determinación fueron desvirtuados conforme se desprende de las probanzas obrantes en autos.

**C.S.J. Sala Penal. 21/03/2011. “Mayor Int. (S/R) Felipe Valentín Mercado Larramendia c/ Decreto N° 6.374 dictado por el Poder Ejecutivo en fecha 16 de setiembre de 2005” (Ac. y Sent. N° 97).**

Previo 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 nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA, y BENITEZ.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIO DICIENDO: La parte recurrente – el Procurador Adjunto – en breve pronunciamiento respecto a la nulidad concedida, desiste expresamente de su estudio. Ante la inobservancia de vicios que ameriten su pronunciamiento de oficio, conforme al artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde tenérselo por desistido del mismo. Es mi voto.

A su turno la Ministra ALICIA BEATRIZ PUCHETA de CORREA, y LUIS MARIA BENITEZ RIERA que se adhieren al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIO DICIENDO: Al sustanciar el recurso concedido a su parte, la representación de la parte demandada sostiene que el Acuerdo y Sentencia N° 45 de fecha 16 de junio de 2010, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, se aparta de las previsiones de la Ley 1115/97 “Estatuto del Personal Militar”, especificando el artículo 138, que transcrito dispone: “El retiro de oficio se otorga al militar que esté incluido dentro de uno de los siguientes incisos...” “inciso l) o decisión de la Junta de Calificación de Servicios”. Mismo fundamento, sirvió de antecedente al Decreto impugnado en la presente demanda contencioso – administrativa. La decisión adoptada (el retiro temporal) es facultad exclusiva de la Junta de Calificaciones de Servicios de las Fuerzas Armadas de la Nación, pues la situación del actor como personal de las FF.AA, era de EXCEDENTE, por lo que acentúa lo que da en llamar “error cometido por el Tribunal de Cuentas” en el decisorio puesto en crisis ante esta instancia revisora, al sostener

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

que no puede disponer discrecionalmente sobre la suerte de los subalternos (sic.), para agregar el apelante, que el acto administrativo atacado no hace cosa distinta que el ejercicio de la facultad reglada en nuestra legislación positiva vigente. Peticiona se haga lugar al presente recurso, y se revoque el decisorio de la instancia de grado.

### CONTESTACIÓN DE LA PARTE APELADA

Al responder el traslado de los agravios presentados por el Procurador Adjunto de la República, este quiere conceder más atribuciones de las legalmente previstas para la Junta de Calificaciones y Servicios de Oficiales por la Ley 1115/97, pues no se contempla en la norma referida el retiro de oficio para Oficiales superiores de las FF.AA, por el contrario las resoluciones de la Junta de Calificaciones deben ser fundadas, caso contrario se violaría el derecho que tiene todo ciudadano de conocer la especificidad de cualquier sanción o resolución que pueda afectar sus derechos. Alega arbitrariedad en contra de su persona, y prueba de ello sostiene que fue el hecho que una vez reincorporado a las filas del servicio activo, fue puesto en situación de EXCEDENTE, conforme lo establece el artículo 26, inciso c) del Estatuto del Personal Militar. El artículo 28 del ya citado Estatuto, pese a su situación de excedente, en el cuadro del personal militar, la norma de la materia, no establece óbice alguno para que el mismo ocupara algún cargo, sino por el contrario lo facultaba a ello, sin embargo, pese a tal autorización legal, no fue perfeccionado, sino alega que de manera injusta se dispuso su pase a retiro. Por tales fundamentos, solicita la confirmación del fallo recurrido en todos sus puntos.

### ANALISIS JURIDICO DEL CASO

La cuestión a dilucidar, resulta determinar si la revocación del pase a retiro, como efectivo de las Fuerzas Armadas de la Nación del Mayor de Intendencia (S/R) FELIPE VALENTIN MERCADO LARRAMENDIA, dispuesta por el Decreto N° 6374 dictado por el Poder Ejecutivo en fecha 16 de setiembre de 2005, y su reintegro a las filas de las fuerzas militares se halla ajustada a derecho.

Asiste razón a la parte apelante, al sostener que resulta potestad exclusiva de la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales, otorgar calificación a los subalternos para el ascenso correspondiente o para el pase al retiro de los mismos, según el caso, como claramente lo dice el artículo 117 del estamento normativo militar, y que dicha calificación resulta inapelable (vide artículo 84).

Que pasando a analizar el caso sub-examine, observo que el a -quem por medio de la resolución judicial cuestionada en esta esfera, para revocar el Decreto emanado del Poder Ejecutivo basó su decisorio en que el procedimiento previo al dictado del acto administrativo atacado, no respetó el derecho al debido proceso que ampara al personal militar calificado, garantía constitucional consagrada en el artículo 17 de la Lex Suprema, reglamentado en el artículo 78 de la Ley 1115/97. Debe quedar señalado que obra a fojas 33, un extracto del Acta de Calificaciones, transcrito por el Secretario de la Junta de Calificaciones de Servicios, que en su parte pertinente, transcrita dice: “Luego de realizada la evaluación sobre el citado Oficial, la JSCO – Ordinario, resuelve por unanimidad calificarlo con la Nota 4 (cuatro), y su pase a retiro del Cuadro Permanente de las FF.AA de la Nación...”. Dicho informe resultó impugnado por la parte actora, quien desconoció al informe remitido como antecedente administrativo del presente caso. Por Nota N° 463 fechada 23 de junio de 2006 (fs. 71), el Presidente del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, solicita al Comando en Jefe de las FF.AA la remisión de copia del legajo del Mayor de Int. (S/R) FELIPE VALENTIN MERCADO LARRAMENDIA, siendo ello diligenciado conforme a las instrumentales obrantes a fojas 87/100. De las mismas, y a fin de remarcar lo valorado por el juzgador de la instancia de grado, resulta que las calificaciones adjuntas al legajo del actor, corresponden a los años 1994, 1995, y 1996, todas en sentido positivo para la promoción por la suficiencia obtenida. El artículo 76 del “ESTATUTO MILITAR” dispone: “La calificación es requisito para el ascenso. Ella debe ser la expresión fiel de las cualidades del personal. El juicio que emitan los superiores deberá ser justo, ecuaníme y desprovisto de toda subjetividad”. Dicha evaluación debe ser anual, y cumplida por el superior al mando (art. 73, Ley N° 1115/97). Conforme consta a fojas 92, el actor de la presente demanda prestó servicios a partir del 12 de enero de 1993 en el C.I.M.O.E, siendo trasladado en fecha 19 de enero de 1995 al E.P.O.E, al LICEMIL a partir del 16 de noviembre del mismo año, a DISERINTE a partir del 24 de noviembre de 1998, para pasar al COMANJEFE en fecha 23 de abril de 1999. Sin embargo, en estos autos, no consta que hayan sido practicadas tales evaluaciones a partir del año 1997, lo que permite concluir que el superior directo e inmediato – único habilitado para calificarlo de manera anual – no lo califico. Tal situación atípica, cercenó el derecho del demandante de recurrir al calificador de primera instancia, ante un eventual desacuerdo en la puntuación obtenida, dada la recurribilidad

de la misma, contrario sensu a la emitida por la Junta de Calificación de Servicio.

La parte impetrante, invocó que el pase a retiro del actor, obedeció a la situación de personal “excedente” que el mismo presentaba en el cuadro permanente. Sin embargo, ello no apareja consecuencia necesaria e inevitable, atendiendo que sobre el punto, el artículo 29 de la Ley 1115/97, dispone cuanto sigue: “El tiempo transcurrido en servicio efectivo o excedente será computado a los efectos de ascenso y retiro”, lo que no puede ser entendido como motivo válido, a los efectos de privar al actor de la carrera militar prevista en el Capítulo XII de la ya citada ley, y al derecho previsto en el artículo 17 incisos a) , b) y e) de la Ley 1.115/97, que asiste a los efectivos de las Fuerzas Armadas de la Nación.

Por lo apuntado, no puedo menos que coincidir con el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, rechazar el recurso de apelación interpuesto, y confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 45 de fecha 16 de junio de 2010. Respecto a la costas, deben ser impuestas a la parte vencida – la Procuraduría General de la República – conforme al literal a) del artículo 203 del C.P.C. Es mi voto.

A SU TURNO, LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA de CORRERA, DIJO: Recurso de nulidad, me adhiero al voto del Ministro preopinante SINDULFO BLANCO, por sus mismos fundamentos. Es mi voto.

RECURSO DE APELACIÓN: me adhiero al voto del Ministro preopinante SINDULFO BLANCO, por sus mismos fundamentos, y agregó: debo señalar que auscultando las constancias obrantes en autos, advierto que las causales esgrimidas en el Decreto N° 6.374 de fecha 16 de setiembre de 2005, dictado por el Poder Ejecutivo, para conceder la baja temporal al Mayor de Intendencia FELIPE VALENTÍN MERCADO LARRAMENDIA, hace referencia al artículo 138 inciso i) de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”, entre otros. Este artículo determina los supuestos para otorgar el retiro de oficio. El Inciso i) dispone el retiro del militar por condena emanada de la Justicia Militar o decisión de la Junta de Calificaciones de Servicios. Los extremos mencionados en este inciso no se hallan configurados en el caso del administrado. En efecto, digo que no se hallan configurados, porque el accionante no ha sido condenado por la Justicia Militar.

La Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales para decretar el retiro temporal de un Oficial, no puede esgrimir causales que después no puedan ser sostenidas. En efecto, estas causas además de ser las que se

hallan encuadradas dentro de los supuestos determinados por el artículo 138 de la Ley 1.115/97 “Del Estatuto del Personal Militar” y el Decreto N° 21.839/98, deben basarse en hechos realmente comprobados, lo que en el presente caso no ha acontecido. En ese orden de cosas, de una lectura del Acta N° 160 de la Junta de Calificaciones (fs. 33), observo que se califica la conducta del administrado MAYOR INT. FELIPE VALENTIN MERCADO LARRAMENDIA con una nota 4 (cuatro) sin mayores precisiones ni aclaraciones. Es decir, no explicaron en que se basaron para llegar a esa calificación, que determinó su pase a retiro temporal. No puede este organismo tomar determinaciones tan graves como la de poner fin a la carrera de un Oficial, sin tener sólidos fundamentos legales para ello. Las disposiciones legales mencionadas más arriba, establecen los puntos a ser considerados y el tiempo que tienen para formar un concepto del personal, para posteriormente formular la calificación correspondiente.

Si bien la Junta de Calificaciones de Oficiales tiene un cierto margen de discrecionalidad, este margen está acotado por las disposiciones legales y sus normas reglamentarias que rigen sus determinaciones. Cualquier decisión que dicha Junta adopte que se salga de ese margen normativo, carece de apoyatura legal. En esta causa, además de no estar explicitados los motivos que llevaron a decretar el pase a retiro temporal del accionante, los fundamentos legales para adoptar tal determinación fueron desvirtuados conforme se desprende de las

probanzas obrantes en autos. A fs. 91/98 se encuentran, el legajo y las planillas de calificación de los exámenes que realizó el accionante, donde consta que fue calificado con una nota en el promedio general de cualidades de 8,90 en el año 1994 (fs. 93) una nota en el promedio general de cualidad de 8.90 en el año 1995, (fs.95) y una nota en el promedio general de cualidad de 9,0 en el año 1996 (fs. 97), lo cual demuestra indudablemente que la calificación que le diera la Junta de Calificaciones de 4 (cuatro) no guarda ninguna relación con sus antecedentes, siendo esta calificación puesta al sólo efecto de apartarlo temporalmente de la carrera militar.

Se trae a colación el siguiente fallo jurisprudencia, en el cual esta Magistrada ya ha asumido esta misma postura, en un caso análogo al que hoy se encuentra en estudio: “ACUERDO Y SENTENCIA N° 838 de fecha 24 de noviembre de 2009. Excelentísima Corte Suprema de Justicia en el expe-



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

diente: MAYOR D.E.M (S.R) JUAN EMILIO GALEANO JIMENEZ c/ Decreto N° 8180 del 15 de setiembre de 2006, dictado por el Poder Ejecutivo” N° 68/09”.

Que, en conclusión, el Decreto N° 6374 de fecha 16 de setiembre de 2005, dictado por el Poder Ejecutivo, adolece de lo que en doctrina se denomina del vicio de violación de la Ley por razón de los motivos. Adolece de este vicio, porque los motivos legales que se han invocado en el Decreto impugnado para adoptar la decisión de pasar a retiro temporal al MY. INT. FELIPE VALENTÍN MERCADO LARRAMENDIA, no han tenido existencia comprobada. Reitero, no han sido probados en la presente litis las razones invocadas en la decisión administrativa como determinantes de ella. Consecuentemente, no cabe otra alternativa que confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 45 de fecha 16 de junio de 2010, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, debiendo las costas del pleito ser impuestas a la parte perdidosa en ambas instancias. Es mi voto.

A SU TURNO, EL MINISTRO LUIS MARIA BENITEZ RIERA MANIFIESTA QUE SE ADHIERE A LOS VOTOS QUE ANTECEDEN POR SUS MISMOS FUNDAMENTOS.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede,

C O R T E S U P R E M A D E J U S T I C I A

S A L A P E N A L

R E S U E L V E :

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 45 de fecha 16 de junio de 2010, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala.

IMPONER las costas a la parte perdidosa.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta De Correa Y Luis Maria Benitez Riera

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 667

***Cuestión debatida:** Se estudia la admisibilidad de un recurso de revisión contra una Sentencia Definitiva condenatoria emanada de la Corte Suprema de Justicia Militar. Como fundamento para la admisión el recurrente se refiere a la insuficiencia de una prueba, no de la ilegitimidad de la misma.*

**FUERZAS ARMADAS. RECURSO DE REVISIÓN. Recurso de revisión en el proceso penal militar.**

El Recurso de Revisión, solamente precede por específicas y taxativas causales señaladas en la ley, por medio de las cuales se pretende remover las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, resultando imperativo en el desarrollo de esta pretensión el cumplimiento de los requisitos de técnica que la gobiernan. Por ende, no se puede pretender a través de cualquier escrito o alegato informal, aspira a confrontar los valores de seguridad jurídica propios de un fallo ejecutoriado, con el de justicia, principios que siempre se contraponen en el presente recurso.

**FUERZAS ARMADAS. RECURSO DE REVISIÓN. Recurso de revisión en el proceso penal militar.**

Con relación al embargo ejecutivo y a la presunta violación del principio constitucional de la presunción de inocencia que alega, cabe acotar que el recurso de revisión no es el medio impugnativo idóneo para la solución de estos agravios. Por todo lo expuesto esta representación pública solicita se declare la inadmisibilidad del recurso de revisión interpuesto, por el incumplimiento de los requisitos legales previstos.

**FUERZAS ARMADAS. RECURSO DE REVISIÓN. Recurso de revisión en el proceso penal militar.**

Es advertir que la causa revisora invocada dista lejana de estar conciliado con sus exigencias y alcances. Para explicar la improcedencia del recurso revisivo intentado, lo focalizaremos desde dos perspectivas; por una parte, por el elenco procesal impetrado, reconoce como elemento configurativo de la casuística la falsedad de la prueba cuestionada y no su insuficiencia probatoria tal como lo propone el revisionista.

**C.S.J. Sala Penal. 09/09/2011. “Recurso de revisión interpuesto por SO MB Herminio Hipólito Martínez Segovia, bajo el patrocinio de la abogada Cynthia Lorena Garay, en la causa N° 1.871/07 “S.I. al Cnel. DEM Lorenzo Ruiz Díaz, My. Inf. Víctor Manuel Berdoy Barrios y otros s/ Sup. hecho de robo y/o hurto de fusiles, municiones, cargadores y yatagán en la 3° Div. Ciudad del Este” (Ac. y Sent. N° 667).**

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 de revisión interpuesto?

¿En su caso, resulta procedente?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO Y BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, la Dra. PUCHETA DE CORREA, dijo: En primer término corresponde realizar el examen de admisibilidad del recurso interpuesto, a tenor de lo dispuesto en los artículos 481, 482 y 483 del Código Procesal Penal, conforme se expone a continuación: a) Objeto impugnado: El fallo atacado constituye un Acuerdo y Sentencia emanado de La Suprema Corte de Justicia Militar que, a su vez, ha confirmado una Sentencia Definitiva dictada por un Juzgado de Primera Instancia Militar del primer Turno, por la que se que condeno al Sr. HERMINIO HIPO-LITO MARTINEZ SEGOVIA a DOS ( 2 ) años de pena privativa de libertad, y el embargo ejecutivo de 411.000.000 sin que el fallo confirmatorio haya sido recurrida ulteriormente, por lo tanto, la causa se ha agotado en sentido formal y sustancial lo que dota a la resolución condenatoria en revisión del carácter de definitividad; vale decir, contra la misma ya no caben recursos ordinarios, ni el extraordinario de Casación, con excepción de la planteada ; b) Plazo: el lapso temporal para interponerlo no está sometido a plazo preclusivo, porque procede en todo tiempo; c) Sujeto Legitimado: El condenado – que lo ejerce por derecho propio - se halla en posesión de la legitimación activa para promoverla en su condición de principalísimo sujeto del proceso penal ; d) Forma de interposición: El recurso ha sido planteado, por escrito, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contiene la casuística legal ( Art. 481 numeral 2) del C.P.P ) que, según se corrobore, apoyaría la

positividad o negatividad de su procedencia y por último, expone la propuesta de solución consistente en que se decida la anulación de la sentencia recurrida y su sobreseimiento libre. En resumen, con las salvedades explicadas, voto por la admisibilidad del recurso de revisión impetrado y, en consecuencia, por entrar a analizar el fondo de la impugnación.

A su turno, los Doctores BLANCO Y BENITEZ RIERA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, la Dra. PUCHETA DE CORREA dijo: El peticionante de la revisión HERMINIO HIPOLITO MARTINEZ SEGOVIA, quien ejerce por derecho propio Y BAJO PATROCINIO DE LA ABOGADA CYNTIA LORENA GARAY, en el contexto de la argumentación que desgrana en el escrito forense que suscribe - luego de recapitular sobre los pormenores jurídicos que precedieron a los sendos fallos condenatorios que trastornaron a la presunción de inocencia del Sr. HERMINIO HIPOLITO MARTINEZ - formula una serie de disquisiciones a través de los cuales busca demostrar que el caudal fáctico que se tuvo por acreditado en el proceso penal militar no es tal, porque no existen elementos objetivos suficientes que hagan presumir que su persona haya cometido el delito, en ningún grado, por lo que solicita su sobreseimiento libre.

El recurrente argumenta su recurso en los siguientes términos, 1) “que es claramente visible que la testimonial de V/S Inf HIDALGO RAMON CARDOZO, carece de sustentabilidad jurídica por cuanto no existe una sola prueba que acredite los dichos del mencionado en cuanto a la participación de mi persona en el hecho que se me imputa. Como se ve claramente mi culpabilidad no ha sido inducida por datos probatorios objetivos, sino hace mención a una apreciación subjetiva de una persona en este caso el INF HIDALGO RAMON CARDOZO para fundamentar mi condena, ya que ha influido decididamente sobre lo que atañe a la comprobación de la existencia del hecho, de su ejecución o de la coparticipación de mi parte en él, en forma en que se puede argüir que tales manifestaciones de no haberlas tomado como medio de prueba fehaciente, dichas materialidades hubieran estado excluidas. Por lo “que podemos afirmar sin temor a equívocos que también debe hacer lugar a la revisión cuando existiere sentencia fundada en pruebas inexistentes. 2) Que el mismo Agente Fiscal quien ha realizado un análisis pormenorizado de la causa, NO HA ENCONTRADO ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SOLICITAR MI CONDENA; O POR LO MENOS

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LOS ELEMENTOS EN QUE HA BASADO SU ACUSACION, QUE FUERON TENIDOS POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA MILITAR, NO ESTAN DEBIDAMENTE SUSTENTADOS PARA PRETENDER CONDENARME.

Aduce, asimismo, 3) con relación al punto 9 del Ac. y Sen. N° 3/2010 de fecha 10 de mayo manifestó lo sgte.... “la Suprema Corte de Justicia Militar a incurrido nuevamente en un error, pues reitero, y como lo señala la misma C.S.J.M., y de conformidad a lo dispuesto en el art. 97 de la ley 1115, y en concordancia con las declaraciones, está más que claro que mi parte no tiene responsabilidad alguna en el ilícito, pero llamativamente ha resuelto, a mas de confirmar la condena, condenarme al pago de una suma exorbitante, mas aun cuando no he tenido participación en el delito” 4) señala además.... “la ley recae directamente en el My Berdoy, pero entiendo que bajo la figura de la presunción de culpabilidad los juzgadores, han dictado sentencia CONDENANDOME INJUSTAMENTE, mas aun cuando no existen elementos suficientes que prueben mi participación en el ilícito en ningún grado.... “Que ante las consideraciones señaladas, creo que son suficientes para V.V.E.E., pueda realmente revisar las sentencias recurridas y en consecuencia dictar una resolución ajustada a la verdad verdadera y a la realidad de los hechos, dictando en consecuencia una sentencia ajustada a derecho”. .... “que conforme a la jurisprudencia y a la doctrina en materia penal, nadie puede o podrá ser sancionado o condenado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

Concluye, 5) que la Constitución Nacional en su art. 17 consagra la presunción de inocencia, el cual conforme a lo señalado no ha sido observado por los juzgadores, pues no han tenido la certeza fehaciente de que mi parte ha participado de manera alguna en el ilícito investigado, y lamentablemente, en contra de nuestro ordenamiento jurídico, ha resuelto condenarme a 2 años de privación de libertad y al pago de una suma de dinero, cuando nunca nada tuve que ver con el ilícito; en consecuencia corresponde mi ABSOLUCION, caso contrario podríamos decir que no estamos en un estado de derecho

La revisión planteada ha merecido la correspondiente sustanciación. En ese marco, el Ministerio Publico Fiscal, a través del Fiscal Adjunto - en-

cargado de expedientes dirigidos a la Fiscalía General del Estado - al cumplir la carga procesal en respuesta al traslado corridole, precedido de la descripción de las secuelas procesales que convergieron en las consecuencias jurídico-penales que la causa motivó y de las líneas argumentativas expuestas por el recurrente, se aboca al estudio de la admisibilidad del recurso planteado. En ese marco de análisis - combinada con consideraciones sobre la naturaleza y finalidad del recurso de revisión - sostiene que el Recurso de Revisión, solamente precede por específicas y taxativas causales señaladas en la ley, por medio de las cuales se pretende remover las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, resultando imperativo en el desarrollo de esta pretensión el cumplimiento de los requisitos de técnica que la gobiernan. Por ende no se puede pretender a través de cualquier escrito o alegato informal, aspira a confrontar los valores de seguridad jurídica propios de un fallo ejecutoriado, con el de justicia, principios que siempre se contraponen en el presente recurso.

Continua diciendo que para determinar la admisibilidad del recurso es menester recurrir al art. 481 del C.P.P. que establece, el recurso de revisión procederá contra “la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del imputado”. Que observando las resoluciones atacadas y dentro del alcance jurídico de “sentencia firme”, al no existir recurso ordinario pendiente contra la misma y al ser el propio condenado quien interpuso la revisión, se puede afirmar que se encuentran reunidas las primeras condiciones requeridas. En cuanto los motivos para su procedencia, estas se encuentran en forma taxativa en la ley, en este caso habiendo sido alegado por el recurrente el inciso 2) que dice: “cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aunque no exista un procedimiento posterior”.

En este caso el impugnante manifiesta la existencia de una evidente falsedad en la declaración del testigo, sin embargo no ha aportado prueba alguna que sustente sus dichos. El mismo pretende convencer de que dicha falsedad queda evidenciada por los simples dichos del condenado a través de su abogado defensor, por lo tanto los fallos permaneces con la doble presunción de acierto y legalidad. El art. 483 del C.P.P., impone al recurrente la obligación de ofrecer las pruebas y agregar las documentales junto con el escrito de interposición, extremo que no ha sido cumplido por el revisionista. Señala Clara Olmedo.... “bajo sanción de inadmisibilidad, debe contener:

a) los hechos en q se fundamenta expresados concreta y específicamente; b) la indicación de lo que se pretende demostrar a favor del condenado, y e) los demás elementos comunes a toda instancia de este tipo.

El revisionista señala que la declaración testimonial no es el medio idóneo para demostrar su participación como cómplice en la comisión del hecho punible que se le atribuyo tal como se dio en ambas sentencias; dicho extremo es a todas luces incorrecto, , dado que la ley 844/80 Código de Procedimiento Penal Militar consagra art.101 “ La prueba en materia criminal la constituyen todos los antecedentes y justificativos que sirvan para la averiguación de los delitos y de los delincuentes, o de la inculpabilidad de los procesados, cuando los antecedentes se producen en las condiciones, forma y tiempo prevenidos por la ley y en nuestra legislación penal ordinaria amplitud probatoria art. 173 C.P.P... “Los jueces deberán valorar y admitir todas las pruebas presentadas, que sean pertinentes y útiles para el descubrimiento de la verdad, conforme a la sana critica.

Con relación al embargo ejecutivo y a la presunta violación del principio constitucional de la presunción de inocencia que alega, cabe acotar que el recurso de revisión no es el medio impugnativo idóneo para la solución de estos agravios. Por todo lo expuesto esta representación pública solicita se declare la inadmisibilidad del recurso de revisión interpuesto, por el incumplimiento de los requisitos legales previstos.

Definidos – de acuerdo a las posiciones argumentativas de las partes involucradas en el recurso – los términos en discusión, cabe observar para su resolución, lo siguiente: El motivo de revisión invocado guarda relación con la prescripción legal consagrada en el Art. 481 numeral 2 del C.P.P., que dispone: “cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aunque no existe un procedimiento posterior;” . La casuística revisora transcrita regula la hipótesis de que el pronunciamiento condenatorio impugnado sea producto de un caso judicial que se encuentra penalmente viciado porque al momento de ser resuelto , se ha fundado en pruebas testificales o documentales que influyeron decisiva y trascendentemente en la resolución condenatoria, operando como dispositivo que se lanza a favor de la justicia frente a la alternativa del valor seguridad proporcionado por el efecto, al menos aparente, de la cosa juzgada que, en sí misma, deviene injusta por estar basada en falsas pruebas que persuadie-

ron al juzgador a adoptar una determinación desviada de la verdad al considerarlas en el proceso de valoración conjunta y armónica de las pruebas producidas y con arreglo a la sana crítica .

Según se infiere de la tipicidad procesal que lo estructura, los extremos configurativos de la causal en análisis puede acreditarse, por una parte, demostrando que por fallo posterior firme se haya declarado la falsedad documental o testimonial que quebranta la legitimidad del sustento fáctico de la sentencia condenatoria o, por otra parte y a ese mismo fin, sin necesidad de que exista el fallo posterior firme acreditatorio de tales falsedades, resulte evidente que las mismas existieron. En ambos casos existe la potencialidad de neutralizar la legitimidad y validez de la sentencia que se sustenta en elementos probatorios espurios que lo anega y proyecta su trascendencia al pináculo jurídico exteriorizado en el veredicto condenatorio.

En esa línea de pensamiento, al cotejar los argumentos esgrimidos por el revisionista en función a la causal que apuntala su pretensión, es evidentemente que esta focalizado decididamente en la segunda vertiente causídica que reconoce el elenco procesal impetrado, partiendo de la base que su cuestionamiento no se circunscribe a la falsedad de la prueba testimonial declarado en fallo posterior firme; sino que a falta de esta, a su criterio, la prueba testimonial de Hidalgo Cardozo es insuficiente o carece de sustentabilidad jurídica por cuanto que sus aseveraciones no encuentran apoyo en otras pruebas que pudieran respaldar su responsabilidad en el hecho que le ha sido atribuido y por el cual fue condenado en sede militar.

A la luz de lo expuesto, fácil es advertir que la causa revisora invocada dista lejana de estar conciliado con sus exigencias y alcances. Para explicar la improcedencia del recurso revisivo intentado, lo focalizaremos desde dos perspectivas; por una parte, por el elenco procesal impetrado, reconoce como elemento configurativo de la casuística la falsedad de la prueba cuestionada y no su insuficiencia probatoria tal como lo propone el revisionista.

Desde la segunda perspectiva, desde el momento que el recurrente cobija su pretensión en la merituación probatoria personal que el caso le sugiere y respecto al testimonio rendido por el INF HIFALGO CARDOZO, pretende enervar la situación de hecho fijada en las respectivas sentencias condenatorias y alterar sus consecuencias jurídicas, lo que equivale a proyectar un nuevo proceso penal sobre elementos de juicio que oportunamente



han sido seleccionados, discutidos y valorados con amplitud en las instancias procesales por las que transitó la causa y con semejante conclusión definitiva.

En otros términos, se intenta la revisión mediante la reconstrucción de los núcleos facticos, judiciales y oportunamente justipreciados, con remisión genérica a eventuales e hipotéticas pruebas o elementos de convicción que ya fueron objeto del debido proceso legal, máxime considerando que los mismos cuestionamientos fueron expuestos en el escrito de conclusión y en el escrito de Apelación de Nulidad, según lo reportan las respectivas sentencias. Así se explica que la vía recursiva procurada se sustenta sobre cuestiones no captadas o totalmente extrañas al enunciado normativo que subyace en la casuística arguida como fundamento y en la que no encaja la reevaluación probatorio y por ende, incapaz de apadrinar el destierro de la cosa juzgada y alterar las consecuencias jurídicas que les son consustanciales.

Cabe resaltar que los discernimientos trazados precedentemente son consecuentes con la línea interpretativa que esta Sala Penal – en casos análogos, en su aspecto formal y sustancial – viene sosteniendo invariablemente y que se encuentran plasmados, entre otros, en el Acuerdo y Sentencia N° 199 de fecha 03 de mayo del año 2.006, en el Expte., caratulado: “RECURSO DE REVISION INTERPUESTO POR EL ABG. ARTURO RUBEN FERNANDEZ A. EN LA CAUSA; ABILIO ALFONZO BENITES S/SUP. HECHO PUNIBLE C/LA PROPIEDAD (ROBO AGRAVADO) – NUEVA ALBORADA – ITAPUA”; Acuerdo y Sentencia N° 242 de fecha 16 de mayo del año 2.006, en el Expte. Caratulado: “RECURSO DE REVISION DE INTERPUESTO POR EL ABG. HECTOR FERNANDEZ C. EN LA CAUSA; SUP. HECHO PUNIBLE C/LA PROPIEDAD (ABIGEATO) EN EL ASENTAMIENTO MARTIN ROLON – SAN IGNACIO, MISIONES”. De ahí que en tanto no existan razones que ameriten una exégesis distinta, se impone mantener tales criterios y aplicarlos en situaciones similares.

En consecuencia y por las razones expuestas, deviene ajena a la vía recursiva intentada la supuesta falsedad testimonial alegada en el proceso de valoración probatoria y su eficacia en la acreditación de los extremos involucrados en las sucesivas sentencias condenatorias recaídas y sometidas a revisión; por lo que al no configurarse la causal impetrada en los términos del Art. 481 inciso 2 del C.P.P., corresponde NO HACER LUGAR al recurso de revisión interpuesto , quedando incólume, en todos sus términos, el

## JURISPRUDENCIA

Acuerdo y Sentencia N° 03 de fecha 10 de mayo de 2.010, dictado por la Corte Suprema de Justicia Militar, que ha confirmado la Sentencia Definitiva N° 02 de fecha 02 de marzo del año 2010, emitida por el Juzgado de Primera Instancia Militar del Primer Turno, por la que se que condeno al SO. HERMINIO HIPOLITO MARTINEZ a dos ( 2 ) años de pena privativa de libertad y el embargo ejecutivo hasta cubrir la suma de 411.000.000 gs., sin perjuicio del derecho subsistente – acotado por la puntual limitación impugnaticia - que asiste al condenado en los términos que emergen del Art. 489 del C.P.P. . Voto en el sentido que antecede.

A su turno, los Doctores BLANCO Y BENITEZ RIERA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

### ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 667

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

VISTOS: Los meritos del acuerdo que anteceden, la;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

1- DECLARAR admisible para su estudio el presente recurso.

2- NO HACER LUGAR al Recurso de Revisión interpuesto por el SO MB HERMINIO HIPOLITO MARTINEZ SEGOVIA, por improcedente ,conforme a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3- REMITIR estos autos al Juzgado Penal competente a sus efectos.

4- ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: Alicia B. Pucheta de Correa, Luís María Benítez Riera y Sindulfo Blanco.

Ante mí: Secretaria: Karina Penoni.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 776

**Cuestión debatida:** *Se analizan tres cuestiones: La primera a definir es el marco legal que rige a la situación planteada en autos (Baja policial), en segundo lugar, se analiza la excepción de prescripción del recurso de apelación jerárquico instaurado contra la Autoridad Administrativa, y por último, se analiza la prescripción de la demanda instaurada en sede contenciosa administrativa.*

**LEGISLACIÓN APLICABLE. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Plazo de prescripción.**

Como primer marco rector tenemos la Ley No 222/93 Orgánica de la Policía Nacional y de aplicación supletoria la Ley 1626/2000 De la Función Pública. Y en cuanto a la normativa legal con respecto a los plazos en los que debe interponerse una demanda contencioso administrativa, la misma está contenida en el artículo 89 inciso b) de la Ley 1626, que transcripto establece: “El derecho de accionar judicialmente prescribe: ... b) a los doce meses en los demás casos, salvo cuando otro plazo fuera establecido en la ley. Los plazos se contarán desde la fecha de su notificación al afectado o, en su caso, desde la fecha de publicación oficial del acto impugnado”. Aclaramos que se aplica el inciso b) y no el a) (“en cuanto a los actos referentes a destitución o despido injustificado y falta de preaviso, a los sesenta días corridos”) del citado artículo, pues en el caso que nos ocupa existió un sumario administrativo que precedió a la decisión de baja, es decir la destitución no fue injustificada.

**TRIBUNAL DE CUENTAS. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

Debemos analizar si la demanda en lo que respecta al Dictamen DJ No 1120 de fecha 10 de agosto de 2007 fue o no interpuesta fuera de plazo. Y de las constancias de autos, tenemos que, al no existir una notificación efectiva por parte de la Administración al actor de dicho Dictamen, el mismo se da por notificado al interponer el recurso de apelación jerárquico contra dicho dictamen mediante escrito de fs. 5/7 de fecha 24/09/2007. Nótese que la demanda fue interpuesta ante el Tribunal de Cuentas segunda Sala en fecha 12/02/2008, según cargo de fs. 17. Haciendo el cómputo correspondiente, resulta obvio que la demanda contra el Dictamen No 1120 de fecha

10 de agosto de 2007, también fue interpuesta fuera del plazo legal establecido para el efecto.

**C.S.J. Sala Penal. 26/07/2013. “Pablo Joni Ruiz Rodríguez c/ Dictamen DJ N° 1.120 del 10/08/07, Dict. por el Departamento Jurídico de la Comandancia de la Policía Nacional” (Ac. y Sent. N° 776).**

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los veintiséis días del mes de julio del año dos mil trece, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, los Dres. ALICIA PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y LUIS MARIA BENITEZ RIERA, por ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: “PABLO JONI RUIZ RODRIGUEZ C/ DICTAMEN DJ No 1120 DEL 10/08/07, DICT. POR EL DEPARTAMENTO JURIDICO DE LA COMANDANCIA DE LA POLICÍA NACIONAL”, a fin de resolver los Recurso de Apelación y Nulidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 260 de fecha 15 de diciembre de 2010, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

**C U E S T I O N E S:**

¿Es nula la Sentencia apelada? En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: LUIS MARIA BENITEZ RIERA, ALICIA PUCHETA DE CORREA Y SINDULFO BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: el Sr. Pablo Yoni Ruiz Rodriguez, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, no ha fundado el Recurso de Nulidad planteado, por lo que se lo debe tener por desistido. Por otro lado, no se observan en la resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizado por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde consecuentemente desestimar este recurso. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 260 de fecha 15 de diciembre de 2010, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió “1.-) HACER LUGAR, a la EXCEPCION DE PRESCRIPCION planteada como de previo y

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

especial pronunciamiento por el Abog Victor Enmanuel Arriola Rojas, Procurador Adjunto de la Procuraduría General de la Republica y en consecuencia ORDENAR el finiquito y archivamiento del presente juicio, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, 2.-) IMPONER las costas a la parte perdidosa 3.-) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.”.

Que el apelante se agravió en contra del fallo impugnado en los términos del escrito de fs. 190/191, señalando, entre otras cuestiones, que el criterio del Tribunal de Cuentas Segunda Sala no se ajusta a derecho pues su parte tuvo derecho para cuestionar el decreto después de conseguir el sobreseimiento definitivo de la causa que dio origen al sumario administrativo. Agrega que nunca ha recibido ninguna notificación sobre el caso, tanto de la baja resuelta por la institución como de la decisión tomada por el Ministerio del Interior producto del sumario administrativo y que la presentación de la demanda fue hecha en tiempo y forma. Finalizó solicitando la revocación del fallo recurrido.

Que, por providencia de fecha 31/10/2011 (fs. 192), se resolvió correr traslado del escrito de expresión de agravios presentado por el Sr. Pablo Ruiz Rodríguez a los Abogados Víctor Arriola y Eladio Laterza, en representación de la Procuraduría General de Republica y de la Comandancia de la Policía Nacional respectivamente (ver cedula de notificación de fs. 193/194), quienes no se presentaron a contestar dicho traslado, dándoseles por decaído el derecho que han dejado de utilizar por AI No 1141 de fecha 24/05/2012 (fs. 197).

QUE, antes de entrar a analizar la cuestión sometida a estudio (excepción de prescripción), debemos realizar una breve síntesis de las actuaciones que antecedieron al actual estadio procesal. Así, tenemos que por Resolución No 890 del 6/11/2003 la Dirección de Justicia Policial de la Policía Nacional resolvió instruir sumario administrativo al Sub Oficial 2do. Pablo Yoni Ruiz Rodríguez en averiguación y esclarecimiento de un supuesto hecho punible. Por Dictamen No 5 de fecha 16/01/2004 el Juez Instructor del sumario pone a conocimiento y consideración del Director de Justicia Policia su dictamen con respecto al caso. Por Resolución No 67 de fecha 19/01/2004 el Director de Justicia Policia resuelve calificar las faltas cometidas por el Sub Oficial Pablo Ruiz Rodríguez como graves y recomienda como sanción administrativa a ser aplicada al citado la baja, remitiendo los antecedentes

del caso al Tribunal de Calificaciones de Servicio para SubOficiales. Posteriormente, en fecha 8/03/2004 la Presidencia de la Republica a través del Ministerio del Interior, dicta el Decreto No 1892 por el cual se decreta dar de baja al Sub Oficial Segundo OS Pablo Yoni Ruiz Rodríguez por falta grave cometida. Años después, en fecha 1/08/2007 el actor, Sub Oficial Pablo Ruiz Rodríguez, se presenta ante la Comandancia de la Policía Nacional y solicita la reposición en el cargo y el pago de salarios caídos. Este pedido fue contestado por el Dictamen D.J. No 1120 de fecha 10/08/2007 (resolución recurrida en esta demanda) del Departamento Jurídico de la Policía Nacional, quien argumento que: "...conforme al Decreto de Baja No 1892 del Poder Ejecutivo, ya no corresponde atender en esta Instancia el Recurso de Reposición en el cargo y pago de salarios caídos que pretende el recurrente, porque el Señor Comandante de la Policía Nacional ha perdido competencia para entender en el caso planteado...En base a lo precedentemente expuesto, es parecer de este Departamento Jurídico que el recurso interpuesto deviene improcedente". La presente demanda fue instaurada ante el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, en fecha 12/02/2008 (ver cargo de fs. 17).

Bien, antes de referirnos exclusivamente a la excepción de prescripción objeto de esta apelación, debemos definir cuál es el marco legal que rige la cuestión debatida. Así, como primer marco rector tenemos la Ley No 222/93 Orgánica de la Policía Nacional y de aplicación supletoria la Ley 1626/2000 De la Función Pública. Y en cuanto a la normativa legal con respecto a los plazos en los que debe interponerse una demanda contencioso administrativa, la misma está contenida en el artículo 89 inciso b) de la Ley 1626, que transcripto establece: "El derecho de accionar judicialmente prescribe: ... b) a los doce meses en los demás casos, salvo cuando otro plazo fuera establecido en la ley. Los plazos se contarán desde la fecha de su notificación al afectado o, en su caso, desde la fecha de publicación oficial del acto impugnado". Aclaremos que se aplica el inciso b) y no el a) ("en cuanto a los actos referentes a destitución o despido injustificado y falta de preaviso, a los sesenta días corridos") del citado artículo, pues en el caso que nos ocupa existió un sumario administrativo que precedió a la decisión de baja, es decir la destitución no fue injustificada.

Que, una vez establecido el marco legal aplicable, pasemos a dilucidar si la demanda contra el Decreto No 1892 de fecha 8/03/2004 fue o no interpuesta fuera del plazo previsto.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Según el escrito presentado por el actor ante el Ministro del Interior, en el que interpone recurso de apelación jerárquico contra el Dictamen 1120 de fecha 10/08/2007, el mismo tuvo conocimiento del Decreto No 1892 de fecha 8/03/2004, en el mes de junio de 2004, pues en dicha fecha dejó de percibir su sueldo mensual. Con estas argumentaciones el propio actor admite haber estado en conocimiento del Decreto No 1892 que resuelve su baja de las filas policiales. Entonces, haciendo el correspondiente cálculo, tenemos que el plazo para instaurar demanda contencioso administrativa contra el Decreto No 1892 feneció, por aplicación del artículo 89 inciso b) de la Ley 1626, en el mes de junio de 2005, sin embargo la presente demanda fue instaurada ante el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, en fecha 12/02/2008, es decir, con creces fuera del plazo legal.

Por otro lado, debemos analizar si la demanda en lo que respecta al Dictamen DJ No 1120 de fecha 10 de Agosto de 2007 fue o no interpuesta fuera de plazo. Y de las constancias de autos, tenemos que al no existir una notificación efectiva por parte de la Administración al actor de dicho Dictamen, el mismo se da por notificado al interponer el recurso de apelación jerárquico contra dicho dictamen mediante escrito de fs. 5/7 de fecha 24/09/2007. Nótese que la demanda fue interpuesta ante el Tribunal de Cuentas segunda Sala en fecha 12/02/2008, según cargo de fs. 17. Haciendo el cómputo correspondiente, resulta obvio que la demanda contra el Dictamen No 1120 de fecha 10 de Agosto de 2007, también fue interpuesta fuera del plazo legal establecido para el efecto.

QUE, por lo precedentemente analizado, surge que el Acuerdo y Sentencia No 260 de fecha 15 de diciembre de 2010, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, se encuentra ajustado a derecho y en concordancia con las constancias de autos. Consecuentemente, no resta sino confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 260 de fecha 15 de diciembre de 2010, dictado por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas al perdidoso (artículo 203 inc. a) del C.P.C.). ES MI VOTO.

Que a su turno, los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

VISTOS los méritos del Acuerdo que antecede, la

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA PENAL

RESUELVE:

1) DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.

2) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Pablo Yoni Ruiz Rodríguez, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, y en consecuencia;

3) CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 260 de fecha 15 de diciembre de 2010, emitido por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución.

4) IMPONER las costas a la perdedora.

5) ANOTAR y notificar.

Ministros Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta De Correa Y Sindulfo Blanco.

Ante mí: Norma Dominguez. Secretaria.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 2008

***Cuestión debatida:** Se analiza si fue respetado el Derecho constitucional a la Defensa en el presente caso, así como la legalidad del Decreto N° 6134/11, emanado de la Presidencia de la Republica, en consecuencia.*

**POLICÍA NACIONAL. Baja deshonrosa. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.**

En el presente caso se ha acreditado fehacientemente que se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la procedencia de la baja deshonrosa del Sr. E. E, puesto que el mismo no se ha presentado ni en tiempo ni en forma a ejercer su derecho en el sumario administrativo que se le instruyó, a pesar de estar debidamente notificado, configurándose de este modo, la causal prevista en el artículo transcrito precedentemente. (Voto preopinante. En minoría).



**POLICÍA NACIONAL. Baja deshonrosa. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.**

Concluimos que, debía culminar el sumario a E. E., llevado a cabo por el Órgano Juzgador competente, en este caso el Tribunal Militar, y posteriormente en su caso, intervenir la Junta de Calificaciones y realizar las recomendaciones que considere pertinente al Comandante en Jefe de la FF.AA. de la Nación, para evitar injerencia indebida, doble juzgamiento y/o doble sanción por el mismo hecho investigado (Voto en mayoría).

**POLICÍA NACIONAL. Baja deshonrosa. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.**

Se desprende que existe un derecho del personal Militar para reclamar respecto a las calificaciones, presentar alegatos, cuya garantía del Derecho a la Defensa, no pudo materializar el recurrente. El sumariado no tuvo conocimiento de tal situación, y no obra constancia en autos que demuestre lo contrario, existe constancia que el SO 3º RS E. E. se encontraba en Prisión Preventiva, ordenada por el Juez Instructor exponiendo así que, no se concretó el derecho a acceder al proceso, poder ser oído y ejercer su defensa, ejercitar el principio de la bilateralidad, y en nuestra función de ejercer una tutela judicial efectiva, entiendo que, no puede presumirse un conocimiento extraprocesal del mismo, que al carecer de comunicación procesal efectiva al “sumariado” y “calificado” en forma simultánea, constituye un estado de indefensión al privar al destinatario del conocimiento necesario para ejercer convenientemente su derecho a la defensa, violando así la garantía constitucional amparada en nuestra Carta Magna en el Artº 16. (Voto en mayoría).

**C.S.J. Sala Penal. 31/12/2013. “Emilio Esquivel c/ Decreto Nº 6.134 del 11 de febrero de 2011, Dict. por el Poder Ejecutivo” (Ac y Sent. Nº 2.008).**

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los treinta y un días del mes de diciembre del año dos mil trece, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, los Dres. LUIS MARIA BENITEZ RIERA,

SINDULFO BLANCO Y ALICIA PUCHETA, por ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: “EMILIO ESQUIVEL C/ DECRETO N° 6.134 DEL 11 DE FEBRERO DE 2011, DICT. POR EL PODER EJECUTIVO” a fin de resolver los Recursos de Nulidad y Apelación contra el Acuerdo y Sentencia N° 349 de fecha 30 de diciembre de 2011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala.

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BENITEZ RIERA, PUCHETA, BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: el Sr. EMILIO ESQUIVEL no ha fundado el recurso de nulidad interpuesto, por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia desestimar por notoriamente improcedente el presente Recurso. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. PUCHETA y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 682 de fecha 31 de julio de 2012, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió “1.- NO HACER LUGAR, a la presente demanda promovida por el Señor Emilio Esquivel, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia; 2.- CONFIRMAR, el Decreto N° 6.134 del 11 de febrero de 2011 dictado por el Poder Ejecutivo. 3.- IMPONER, las costas, a la perdidosa...”

Que el apelante se agravió en contra del fallo recurrido, arguyendo que el Tribunal Militar lo ha juzgado dos veces por el mismo hecho, sancionándole primeramente con el arresto por 60 días y luego con la baja deshonrosa. Asimismo, expresó que la sanción se basó en su declaración de rebeldía y contumacia, no teniendo en cuenta que el mismo se ha puesto a disposición de los Tribunales Militares, levantándose dicha medida, sin que el Juzgado de Instrucción sumarial haya elevado el informe respectivo. Concluyó solicitando a esta Sala penal, se sirva dictar resolución revocando el Acuerdo y

Sentencia N° 682 de fecha 31 de julio de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala.

Que, por Decreto N° 6.134/2011, en su Art. 1°, el Presidente de la República decretó: “Dase la baja deshonrosa de las Fuerzas Armadas de la Nación, de conformidad a lo expuesto en el considerando del presente Decreto a los siguientes Suboficiales de las Fuerzas Armadas de la Nación:... 6 Suboficial de Tercera Radio Señalero EMILIO ESQUIVEL.”

Que, entrando a analizar la cuestión de fondo, es preciso determinar la validez o invalidez del Decreto N° 6.134/2011, emanado de la Presidencia de la República. En ese sentido, corresponde dejar en claro que el mismo fue dictado en base a la solicitud efectuada por el comando en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, conforme a lo resuelto por la Junta de Calificación de Servicios para sub oficiales y al dictamen efectuado por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa Nacional. Asimismo, cabe señalar que de las constancias de autos se desprende que el actor, Sr. EMILIO ESQUIVEL ha sido declarado en rebeldía y contumacia por A.I. N° 47/2010 del 17 de mayo de 2010, conforme se acredita con la instrumental obrante a fs. 19 de autos, situación que ha sido reconocida por el accionante.

Que, el Art. 129 de la Ley 1.115/97, dispone que: “...La baja deshonrosa se produce por las siguientes causas:... d) por haber sido declarado en rebeldía o contumacia por los tribunales...”

Que, en el presente caso se ha acreditado fehacientemente que se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la procedencia de la baja deshonrosa del Sr. EMILIO ESQUIVEL, puesto que el mismo no se ha presentado ni en tiempo ni en forma a ejercer su derecho en el sumario administrativo que se le instruyó, a pesar de estar debidamente notificado, configurándose de este modo, la causal prevista en el artículo transcrito precedentemente.

Que, en conclusión, podemos afirmar que el Decreto en crisis ha sido dictado por el órgano competente para el efecto, luego de haberse realizado todos los trámites legales correspondientes, habiéndose respetado las reglas del debido proceso, por lo que se puede afirmar que el Decreto 6.134 de fecha 11 de febrero de 2011, se ajusta a derecho.

Que, por tanto, de acuerdo a las consideraciones legales formuladas precedentemente y a las constancias de autos, considero que el Decreto en crisis resulta ajustado a derecho, por lo que no resta sino confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 682 de fecha 31 de julio de 2012, emitido por el

Tribunal de Cuentas, Primera Sala, lo cual acarrea con lógica consecuencia la Ratificación del Decreto N° 6.134 de fecha 11 de febrero de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo. En cuanto a las costas, deben imponerse en a la parte perdedora en virtud del principio contenido en el art.192 del C.P.C. ES MI VOTO.

Que a su turno, el Dr. SINDULFO BLANCO, DIJO: manifiesto criterio distinto al voto del Colega preopinante Dr. BENÍTEZ RIERA, porque entiendo que el meollo a dilucidar no es sencillo y opinó:

Que en atención, al requisito ineludible de que el voto de los magistrados debe versar sobre las cuestiones planteadas, con la exposición de los motivos que lo fundan y que los agravios del recurrente determinan al Aquem resolver en cuanto a ellos, limitado a los aspectos contenidos en los mismos; ésta Sala debe observar el fundamento del Aquo respecto al fallo recurrido y a las disposiciones legales que rigen el procedimiento en alzada, evitando convertir el fallo, en una decisión citra petita.

Que, el pedido inicial de la parte actora EMILIO ESQUIVEL es REVOCAR el DECRETO N° 6134 del 11 de febrero de 2011, dictado por el PODER EJECUTIVO y ordene su reincorporación al cuadro permanente de las FF.AA de la Nación en el grado y antigüedad correspondiente, pago de salarios caídos y beneficios de bonificación (UBA), con Costas.

El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N°682 de fecha 31 de julio del 2.012, resolvió: “1.- NO HACER LUGAR a la presente demanda promovida por el Señor Emilio Esquivel, y en consecuencia; 2.- CONFIRMAR, el Decreto N°6134 del 11 de febrero de 2011 dictado por el Poder Ejecutivo. 3.- IMPONER las costas, a la perdedora 4.- NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

En apretada síntesis, transcribimos los fundamentos del Aquo: “Que, en relación a los hechos de deserción imputados no necesitan ser probados ya que el propio actor manifiesta en su escrito de demanda:..” Es más yo me encontraba purgando una condena por la única falta Militar que he cometido, cual es la Deserción...” por lo tanto lo tenemos por cierto en virtud a lo dispuesto en el art. 302 del C.P.C. que dispone:...”La confesión espontánea que resultase de los escritos respectivos de demanda o contestación, y que también podrá prestarse en cualquier estado del juicio, hará plena prueba”. Que en tal sentido esta magistratura encuentra ajustado a derecho el sumario administrativo incoado al actor ya que el mismo fue iniciado en fecha 10 de mayo de 2010, a raíz de la ausencia injustificada del actor, no obstante

el actor manifiesta que no tuvo conocimiento de aquel sumario, y es lógico ello, ya que el propio actor confiesa que volvió a faltar posteriormente a su unidad designada, por lo tanto, cuando le llega la notificación a dicha unidad, el mismo no se encontraba presente, al respecto el art. 53 del Código Civil dispone: El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones: b) los militares en servicio activo, en el lugar donde presten servicio..”. Por lo tanto la ley presume sin admitir prueba en contrario que el Señor Emilio Esquivel se encontraba en su lugar donde debería prestar servicio, y si el mismo no se hallaba en dicho lugar, visiblemente no pudo haber recibido materialmente dicha notificación, por lo cual no asistió al sumario, lo que consecuentemente produjo su declaración en rebeldía y contumacia, en efecto se halla plenamente probado en autos, e incluso admitido por la parte actora, que la misma no se presentó al sumario pese a estar legalmente obligado a hacerlo, por lo tanto se encuentra ajustado a derecho la declaración de rebeldía y contumacia dispuesta por el A.I. N° 47/2010 del 17 de mayo de 2010, entre otros (fjs.80/82).

Expreso agravios el recurrente, parte actora Emilio Esquivel, bajo patrocinio de Abogado, y en resumidas que: “En la primera consideración expuesta el Excmo. Miembro preopinante del Tribunal de Cuentas mencionó que fui dado de baja deshonrosa en razón de haber incurrido en deserción. Ha analizado erróneamente el A.I. N°24/20101, A.I. N° 47/2010 emanado del Juzgado de Instrucción Militar por el cual se declara mi rebeldía. También realizó una mera transcripción de mi declaración indagatoria al momento de prestarla ante el Juez Militar. Todos los puntos citados precedentemente tienen relación al proceso que se me ha abierto en la Justicia Militar y la cual recayó con una condena de 60 días de arresto (que en su momento fue considerada como una falta por el juzgado), y constituye cosa juzgada” (sic).

“Sin embargo, en el juicio que he planteado, he objetado, me he agraviado, contra el Acto Administrativo cual es la Junta de Calificación y Servicios de Sub-oficiales de las Fuerzas Armadas de la Nación, que en su sesión ordinaria del 2010 recomendó al Sr. Comandante en jefe mi Baja Deshonrosa conforme al Art. 129 inc. d) por haber sido declarado en rebeldía y contumacia por el Tribunal Militar (Ley 1115/97 Estatuto del Personal Militar). En ningún momento me he agraviado contra la condena emanada por

el Tribunal Militar, obviamente acepté y estoy conforme con la condena de 60 días de arresto (sic)".

Alega que existió un error institucional, y aclara que, los días 60 de arresto no habilita, ni preceptúa motivos para dar retiro de oficio o baja de las Fuerzas Armadas del personal militar, es por ello que una vez enterado de mi estado de rebeldía declarado por el Tribunal Militar, me puse a disposición del Juzgado. Consecuentemente, se ha cesado mi Estado de Rebelión y Contumacia por lo cual el proceso judicial por el delito de deserción siguió su curso normal, provocando la condena de 60 días de arresto. Plenamente queda demostrado que la falta de comunicación entre las instituciones, por un lado el juzgado comunico que me declaro Rebelde; pero de ponerme a disposición levanto mi Estado de Rebelión; pero este levantamiento ya no comunico al Órgano Administrativo, cual es la Junta de Calificación de Servicios, que utilizó la primera comunicación, o sea el estado de rebelión, para drásticamente otorgarme la baja deshonrosa de las Fuerzas Armadas de la Nación.

En síntesis, existe mala y errónea interpretación de entre el Tribunal Militar regulado por el Art. 174 de la Constitución Nacional, la Ley 840/80 Orgánica de los Tribunales Militares y el Órgano Administrativo, cual es la Junta de Calificaciones de Servicios, regulada por la Ley 1115/97 Del Estatuto del Personal Militar, en los arts. 80 al 86, que lo han juzgado dos veces por el mismo hecho, con dos sanciones de arresto por sesenta días y la baja deshonrosa. Que la sanción se basó en su declaración de rebeldía y contumacia, no teniendo en cuenta que, él mismo se ha puesto a disposición de los Tribunales Militares, levantándose dicha medida, sin que el Juzgado de instrucción sumarial haya elevado el informe respectivo. Concluyó solicitando a la Sala Penal, se sirva dictar resolución revocando el Acuerdo y Sentencia N°682 de fecha 31 de julio de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala y Revocar el Decreto N°6134 del 11 de Febrero de 2011, dictada por el Poder Ejecutivo, con costas.

Que, del escrito de expresión de agravios se corrió vista a la parte demandada Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República, Abogado Felipe Mercado Navarro, quien tomó intervención en estos autos, cuyo derecho ha dejado de usar, dándose por decaído tal derecho por A.I.N°162 de fecha 08 de marzo de 2013.

ESTUDIANDO LOS HECHOS, EXAMINANDO LAS CONSTANCIAS EN AUTOS:

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por un lado, el TRIBUNAL DE JUSTICIA MILITAR, dio apertura a un sumario al Sr. EMILIO ESQUIVEL, por A.I.Nº46 de fecha 10 de mayo de 2010, para investigar un caso de DESERCIÓN, conforme al Estatuto del Personal Militar, Art. 150 Inc. C) “AUSENTARSE DEL LUGAR DE TRABAJO DURANTE LA JORNADA, SIN PREVIA AUTORIZACIÓN DEL JEFE INMEDIATO” (fj.65).

Que, en un estado del procedimiento, por A.I.Nº47/10, el JUEZ DE INSTRUCCIÓN MILITAR del 2º Turno, DECLARO LA REBELDIA Y CONTUMACIA al procesado SO 3º RS EMILIO ESQUIVEL y en consecuencia pasible de las disposiciones previstas en el art. 129 inc. d) de la Ley 1115/97; remitir copia a la Excma. Suprema Corte de Justicia Militar y al I Departamento del Estado Mayor Conjunto, Sección Legajo de Suboficiales, para su toma de razón.(fj.60).

En otro estado de cosas, la JUNTA DE CALIFICACION, procede al estudio de la CALIFICACIÓN PUNITIVA y recomienda la BAJA DESHONROSA del Sr. EMILIO ESQUIVEL, en este caso aplicando el Art. 129, inciso d) “por haber sido declarado en rebeldía o contumacia por los tribunales”, conforme al ACTA 24 de fecha 08 de octubre de 2010, que culminó en el Decreto Nº6.134 de fecha 11 de febrero de 2011 que dispuso, la BAJA DESHONROSA DE LAS FUERZAS ARMADAS DE LA NACION, al Suboficial de Tercera Radio Señalero EMILIO ESQUIVEL (fj.50), sin embargo: Ínterin, continuaba la sustanciación de dicho sumario, y digo ínterin, porque el procedimiento sumarial seguía su curso, habiendo comparecido en fecha 21 de diciembre de 2010, el incoado EMILIO ESQUIVEL, prestado declaración indagatoria, y habiéndose analizado de la procedencia o no de la prisión Preventiva, y a los requisitos necesarios para la procedencia del Art. 180 del CPM, inciso a), el Juez de Instrucción Militar de 2º turno, prosiguió su análisis....”de acuerdo a los elementos que obran en el expediente, que existió ausencia injustificada del procesado SO 3º RS EMILIO ESQUIVEL a su unidad, cabe recalcar que el mismo, en su declaración indagatoria ha manifestado que se ha ausentado de su Unidad sin justificación alguna, sin embargo ha manifestado al Juzgado las razones que tuvo para ello.....b) que al detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndosele además impuesto de la causa de su detención... con relación a este inciso, obra en el expediente la declaración indagatoria del SO 3º RS EMILIO ESQUIVEL, quien ha realizado su descargo correspondiente conforme ya se ha mencionado precedentemente ... y c) que haya indicios

suficientes, a juicio del Juez para creerlo responsable del hecho; al respecto, es necesario mencionar la existencia de la Prevención Sumaria agregado a autos en donde obran informes, declaraciones y documentos en donde se observa que el hoy procesado se ha ausentado de su Unidad, existiendo serios indicios de la responsabilidad del procesado en el hecho investigado...” y, así fue que Resolvió Decretar la Prisión Preventiva del procesado SO 3º RS EMILIO ESQUIVEL, y le fue aplicada una PRISION PREVENTIVA por A.I.Nº92 de fecha 21 de diciembre de 2010, (fj.61).

Aclaro, que resalté, las repetidas consideraciones del Juez Instructor, refiriéndose al sumariado Emilio Esquivel: “sin embargo ha manifestado al Juzgado las razones que tuvo para ello”; “obra en el expediente la declaración indagatoria del SO 3º RS EMILIO ESQUIVEL, quien ha realizado su descargo correspondiente conforme ya se ha mencionado precedentemente”. Igualmente, se procedió al desbloqueo de la Cuenta a través de la cual percibía sus haberes el SO RS EMILIO ESQUIVEL y a tal efecto, librar el oficio respectivo, por A.I. Nº95/10 de fecha 23 de diciembre de 2010, (fj.62).

Finalmente, por A.I. Nº04/2011 de fecha 17 de febrero de 2011, se dictó la RESOLUCIÓN DEFINITIVA DEL TRIBUNAL MILITAR, que dispuso la SANCION DISCIPLINARIA al Sr. Emilio Esquivel de SESENTA DIAS DE ARRESTO, que cumpliría en la Prisión Militar de Viñas Cué y que lo tendría compurgado el 18 de febrero de 2011, (fj.63).

Considero importante el documento ofrecido como prueba, y procedo a rescatar los fundamentos del JUEZ INSTRUCTOR del Tribunal Militar, que se expidió en el CONSIDERANDO del A.I. Nº04/2011 de fecha 17 de febrero de 2011: “Que a fojas 51/55 del expediente obra el Legajo Personal, Ultimas Calificaciones y Conceptos del Procesado. Que, en fecha 21 de Diciembre de 2010, el SO3ºRS EMILIO ESQUIVEL, se ha puesto a disposición del Juzgado, disponiéndose en consecuencia, se traiga a la vista el Expediente y fijando audiencia indagatoria al mismo, conforme se observa a fojas 102 de autos. Que a fojas 103, y vlto. de autos obra la Declaración Indagatoria del incoado... Que por Dictamen Nº05/11 de fecha 15 de febrero de 2011, el Agente Fiscal Militar interviniente: manifiesta... esta Representación Fiscal Militar viene a ratificarse íntegramente en su Dictamen Nº106/10 de fecha 31 de diciembre de 2010 (a fjs. 116) de autos, por lo que corresponde NO HACER LUGAR al pedido de Prescripción de la Acción formulado... esta Representación viene a solicitar la sanción disciplinaria de 60 días de arresto en la Prisión Militar de Viñas Cué, que el mismo deberá



compurgar en fecha 19 de febrero de 2011, por el delitos de Deserción previsto en el artículo 145 del CPM., entre otros... Que, en ese sentido, obra en el expediente varias notas en donde se deja constancia de la fecha en que el incoado ha dejado de presentarse a su Unidad a prestar servicios, existiendo en dichas notas varias contradicciones referentes a la fecha exacta en que se produce el supuesto delito de Deserción; dentro de este contexto, este Juzgado, como medida de mejor proveer, solicitó informe al Comando de la Armada a fin de poder determinar la fecha exacta en que el SO 3ª RS EMILIO ESQUIVEL ha dejado de presentarse a cumplir su Servicio; dicho extremo se puede corroborar con la Nota N°02/2.011 de fecha 03 de Febrero de 2011, obrante a fojas 124 de autos. Que hasta la fecha el informe solicitado no fue contestada por la Unidad mencionada, en consecuencia este Juzgado carece de elementos ciertos de convicción, requisito esencial para determinar la procedencia o no del pedido formulado por la Defensa Técnica del procesado, por lo que no corresponde en este estadio procesal, hacer lugar al pedido de Prescripción de la Acción Penal por el Abogado del SO 3ª RS EMILIO ESQUIVEL (sic).... Que, el hecho investigado en estos autos, se halla plenamente probado con las diligencias practicadas, además, con la declaración indagatoria del procesado, se puede corroborar que el mismo incoado ha reconocido ausentarse de su Unidad sin autorización alguna.... POR TANTO de conformidad a la disposición legal citada precedentemente, a las disposiciones expuestas en el exordio de la presente resolución, al Dictamen Fiscal, que antecede y atendiendo el tiempo de reclusión del procesado, el Juzgado de Instrucción Militar del Segundo Turno, RESUELVE 1. NO HACER LUGAR, al pedido de Prescripción de la Acción Penal, planteado por la defensa técnica del procesado. 2. APLICAR, sanción disciplinaria de 60 (SESENTA) DÍAS DE ARRESTO, por comisión del delito de deserción, al SO 3º EMILIO ESQUIVEL, paraguayo.... Que lo cumplirá en la Prisión Militar de Viñas Cué y que lo tendrá por compurgada el 18 de febrero de 2011, fecha en que deberá recuperar su libertad 3. ANOTAR.”, (fjs.63/64).

#### ANALISIS DEL TEMA DECIDENDUM

Que, al momento de practicarse la CALIFICACIÓN y dictar el DECRETO N° 6134 /11 arriba individualizados (fjs.50 y 55), subsiste el sumario ordinario, integrado por las mismas partes y en virtud de idéntico motivo de investigación, en cuyo caso el Tribunal Militar examina las pruebas producidas en el procedimiento, pendiente de dictar resolución definitiva. Es

así que, a criterio del Órgano Juzgador, el hecho de no haber comparecido el sumariado a la convocatoria para prestar declaración indagatoria, no fue considerada con magnitud negativa, puesto que posteriormente, al momento de presentarse voluntariamente ante el Juez Instructor, y prestar declaración el incoado Sr. Emilio Esquivel, fueron aceptadas las excusas de la incomparecencia y valorados los motivos expuestos para ausentarse sin permiso de su puesto de trabajo, culminando el proceso sumarial con la Resolución A.I. N°04/2011 de fecha 17 de febrero de 2011, en la cual dispuso la SANCION DISCIPLINARIA el Sr. Emilio Esquivel de sesenta días de arresto, que cumpliría en la Prisión Militar de Viñas Cué y que lo tendría compurgado el 18 de febrero de 2011.

Por consiguiente, al hecho de la comparecencia voluntaria del incoado Sr. Emilio Esquivel y prestar declaración indagatoria durante la prosecución reglamentaria del sumario, posterior al dictamiento del A.I. N° 47/10 del 17 de mayo de 2012, donde el Juez Instructor del Segundo Turno, dispuso Declarar la rebeldía y contumacia a los mandatos de la Justicia Militar del procesado SO RS Emilio Esquivel, se demostró que tal situación quedo subsanada y sin efecto, como lo contempla ley aplicable complementariamente Ley N° 1.286, Código Procesal Penal, Art. 83: “La declaración de rebeldía no suspenderá la investigación, salvo en lo que se refiere a resoluciones que pongan fin al proceso...//..Cuando el imputado rebelde comparezca voluntariamente o sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, se extinguirá su estado de rebeldía y continuará el procedimiento, quedando sin efecto la orden de captura”.

Que a tenor del Art. 174 de la Constitución Nacional: “Los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria...”, y al ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR, Ley N° 1115/97, Artículo 17.- “Son derechos esenciales impuestos por el estado militar del personal militar en actividad, además de lo establecido en la Constitución Nacional: ...//..g) el juzgamiento por Tribunales Militares por la comisión de delitos y faltas militares, conforme al Código Penal Militar y reglamentos militares vigentes; h) el cumplimiento del arresto disciplinario en la unidad de destino, en libre comunicación; i) el cumplimiento de la detención o prisión preventiva en institución militar cuyo comandante sea de antigüedad superior a la del encausado; ...”, así concluimos que, debía culminar el sumario a Emilio Esquivel, llevado a

cabo por el Órgano Juzgador competente, en este caso el Tribunal Militar, y posteriormente en su caso, intervenir la JUNTA DE CALIFICACIONES y realizar las recomendaciones que considere pertinente al Comandante en Jefe de la FF.AA. de la Nación, para evitar injerencia indebida, doble juzgamiento y/o doble sanción por el mismo hecho investigado.

**DURANTE EL PROCESO DE CALIFICACION:** Dando luz al entendimiento, el ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR, LEY N° 1115/97, contempla: DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIONES DE SERVICIOS, Artículo 83.- Compete a la Junta de Calificación de Servicios: a) dictaminar sobre el ascenso de los oficiales y sub-oficiales; b) resolver los reclamos interpuestos por el personal de las Fuerzas Armadas de la Nación contra las calificaciones hechas por sus superiores directos. Podrán aceptar o rechazar el reclamo, en mérito a los antecedentes que consten en la calificación, de los alegatos del reclamante, y de otros elementos de juicio que la Junta estime necesario considerar. Podrá, asimismo, ordenar la formación de un sumario para verificar los fundamentos del reclamo. Estas resoluciones serán inapelables; c) dictaminar sobre las solicitudes de reincorporación, retiro o baja; d) expedirse sobre la lista de clasificación, teniendo como base de estudio y decisión la foja de servicios del personal; e) modificar la antigüedad del personal clasificado, conforme a méritos y desméritos acumulados durante el período de servicio en los grados correspondientes; y f) establecer si las causas penales formadas al personal militar afectan la honorabilidad de la institución, a los efectos de establecer su calificación. Artículo 84.- Las Juntas serán convocadas a sesiones por el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación. Las sesiones de las mismas serán de carácter reservado. Sus resoluciones se tomarán por votación secreta o pública y serán definitivas e inapelables. Se dejará constancia de todo lo actuado en el Libro de Actas. Las demás reglas de procedimientos las determinarán los reglamentos”.

Consecuentemente, se desprende que existe un derecho del personal Militar para reclamar respecto a las calificaciones, presentar alegatos, cuya garantía del Derecho a la Defensa, no pudo materializar el Sr. Emilio Esquivel, especialmente respecto a la recomendación de la JUNTA DE CALIFICACION, producto del estudio de la CALIFICACIÓN PUNITIVA, al recomendar al Comandante en Jefe de la FF.AA de la Nación la BAJA DESHONROSA del Sr. EMILIO ESQUIVEL, en este caso aplicando el Art. 129,

inciso d) “por haber sido declarado en rebeldía o contumacia por los tribunales”, conforme al ACTA 24 de fecha 08 de octubre de 2010, y que culminó en el Decreto N°6.134 de fecha 11 de febrero de 2011, y dispuso la BAJA DESHONROSA DE LAS FUERZAS ARMADAS DE LA NACION, al Suboficial de Tercera Radio Señalero EMILIO ESQUIVEL; primeramente porque el sumariado no tuvo conocimiento de tal situación, y no obra constancia en autos que demuestre lo contrario, y segundo, porque existe constancia que el SO 3° RS EMILIO ESQUIVEL se encontraba en Prisión Preventiva, ordenada por el Juez Instructor por A.I.N°92 de fecha 21 de diciembre de 2010, a partir del día 21 de diciembre 2010 y ulteriormente tendría computado el 18 de febrero de 2011; exponiendo así que, no se concretó el derecho a acceder al proceso, poder ser oído y ejercer su defensa, ejercitar el principio de la bilateralidad, y en nuestra función de ejercer una tutela judicial efectiva, entiendo que, no puede presumirse un conocimiento extraprocesal del mismo, que al carecer de comunicación procesal efectiva al “sumariado” y “calificado” en forma simultánea, constituye un estado de indefensión al privar al destinatario del conocimiento necesario para ejercer convenientemente su derecho a la defensa, violando así la garantía constitucional amparada en nuestra Carta Magna en el Artº 16 – “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”, por ende, a las consideraciones señaladas en líneas precedentes, indefectiblemente debe ser revocado el Decreto N°6.134 de fecha 11 de febrero de 2011, que dispuso la Baja Deshonrosa de las Fuerzas Armadas de la Nación, al Suboficial de Tercera Radio Señalero EMILIO ESQUIVEL, dictado por el PODER EJECUTIVO.

POR TANTO, soy del parecer en HACER LUGAR AL RECURSO DE APELACION interpuesto por el Sr. Emilio Esquivel bajo patrocinio del Abogado Néstor Ramón Echeverría y, en consecuencia REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 682 de fecha 31 de julio del 2.012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, REVOCAR Decreto N° 6134 del 11 de febrero de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo. DISPONER la reincorporación del Sub Oficial 3° RS EMILIO ESQUIVEL, al cuadro permanente de las Fuerza Armadas de la Nación en el grado y antigüedad que correspondería, de conformidad a las disposiciones legales y estatutarias que rigen al personal militar, con el pago de doce salarios caídos y beneficios anuales no percibidos

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

que corresponden a un año. LAS COSTAS a la parte perdidosa, de conformidad a lo establecido en el artículo 192 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

Que, a su turno, la Dra. PUCHETA dijo que se adhiere al voto del Dr. SINDULFO BLANCO, por los mismos fundamentos.

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

VISTO los méritos del Acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

1) DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.  
2) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Sr. EMILIO ESQUIVEL bajo patrocinio del Abogado Néstor Ramón Echeverría, en base a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución:

3) REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 682 de fecha 31 de julio del 2.012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, y en consecuencia; REVOCAR Decreto N° 6134 del 11 de febrero de 2011, dictado por el Poder Ejecutivo. DISPONER la reincorporación del Sub Oficial 3° RS EMILIO ESQUIVEL, al cuadro permanente de las Fuerza Armadas de la Nación en el grado y antigüedad que correspondería, de conformidad a las disposiciones legales y estatutarias que rigen al personal militar, con el pago de doce salarios caídos y beneficios anuales no percibidos que corresponden a un año.

4) IMPONER las costas a la parte perdidosa.

5) ANOTAR y notificar.

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco.

ante mí: Norma Dominguez v. Secretaria.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.058

***Cuestión debatida:** El fallo se aboca al estudio de los agravios expuestos por el Representante de la Procuraduría General de la Republica, que solicita sean revocadas las Sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala; y consecuentemente hacer lugar a la excepción de prescripción planteada y el rechazo de la presente acción contencioso administrativa.*

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. Ley aplicable a la prescripción. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.**

Analizando las disposiciones legales aplicables al caso, debemos en primer lugar señalar lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley N° 1.462/35: “El recurso de lo contencioso administrativo se interpondrá en el término de cinco días.”. Por su parte, el artículo 634 del Código Civil reza: “Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constitutivo sólo existan por tiempo determinado, o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho.

De los artículos precitados, se colige que nos encontramos indudablemente, ante un caso de caducidad del derecho de accionar, en la que su pertinencia se halla sujeta a determinada temporalidad, que una vez transcurrida hace caducar dicho derecho, pudiendo ser atacada por la vía de la Excepción de prescripción. Recordemos, que por imperio de la ley, ciertos derechos no están sujetos a prescripción, sino que como dijimos, caducan cuando no son ejercidos en el plazo determinado.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. Cómputo.**

Así las cosas, de las probanzas emergen que el actor ha tenido oportunidad para la impugnación del acto administrativo en cuestión Decreto N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1983, siendo incomprensible que el misma se haya dado recién en fecha 2 de marzo de 2009, es decir, transcurridos 26 años. Avalar tal pretensión por parte de este Máximo Tribunal equipararía a la perpetuación indiscriminada de los procesos, como consecuencia del renacimiento de plazos ya prescriptos para el ejercicio de la acción, atentando contra el principio de seguridad y certeza jurídica.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción planteada y autos, como lógico corolario deviene el rechazo de la presente acción contencioso administrativa.

**C.S.J. Sala Penal. 14/10/2014 “Marcos Adolfo Aquino Britos c/ Decreto N° 39.811 de fecha 30/05/83, dictada por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 1.058).**

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió estudiar y votar las siguientes

### CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO Y BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SEÑORA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: El Nulidicente expresó en síntesis cuanto sigue, el acto procesal inmediato anterior al dictamiento de las resoluciones hoy recurridas, tendiente al impulso del procedimiento contencioso administrativo, rola a fs. 111 vlto de autos, donde por nota labrada ante el Actuario Judicial de la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, el mismo actor, firma el acta de notificación. Cabe decir que pese a habersele cursado la notificación de la citada resolución judicial a la Procuraduría General en fecha 15 de febrero de 2.012, no implica que la misma ya se hubiese encontrado firme a fin de instar a la prosecución de la instancia contencioso administrativa, debido a que todas las partes aún no se encontraban debidamente notificadas del dictamiento del A.I. N° 640 del 16 de noviembre de 2.011, como lo dispusiera la misma resolución judicial hasta la fecha de notificación personal realizada por nota (20/03/12) por parte del actor, a fin que opere el debido impulso procesal, habiendo transcurrido más de 90 días calendario, operando de esta manera la caducidad de la Instancia. Leyendo detenidamente el Acuerdo y Sentencia N° 77 del 22 de marzo de 2.013, fallo en el cual el Tribunal de Cuentas omitió pronunciarse en cuanto a la excepción de la prescripción opuesta por esta Representación Constitucional. Es menester que el Tribunal de Cuentas, officiosamente pudo aclarar lo no estudiado y sentenciado por como lo tienen facultativamente reglado en el Inc. a) del art. 163 del C.P.C. Lo que no debieron

hacerlo conforme lo determina en el citado Inc. A) del art. 163 del C.P.C. en concordancia in fine con el art. 387 de la misma Ley de forma, es aclarar su propia resolución oficiosamente su propia resolución fuera del tercero día, abarcando lo sustancia de su decisión. Así mismo se destaca que el estudio sobre el fondo de la cuestión debatida, no fue redargüida de falsedad por el actor, tornándose inviable la revocatoria al sustentarse el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 22 de marzo de 2.013 en leyes administrativas que ni siquiera han sido regladas al momento de acaecidos los fantásticos hechos denunciados por el actor.

Luego de un integral análisis de los agravios expuestos, y el caso de marras, estimo que los mismos pueden ser estudiados por la vía del Recurso de Apelación también interpuesto, por lo que no corresponde la declaración de nulidad del Acuerdo y Sentencia recurrido. En estas condiciones y atendiendo a la sola manifestación de discordia con los razonamientos expuestos por los juzgadores, no son suficientes para declarar la nulidad de la resolución en estudio.

Por otro lado, no se observa en la resolución recurrida vicios o defectos procesales que ameriten la declaración de nulidad en los términos autorizados por el Artículo 113 y 404 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUIS MARIA BENITEZ RIERA, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, PROSIGUIO DICRIENDO: El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 22 de marzo de 2.013, resolvió: “1-HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa promovida por “MARCOS ADOLFO AQUINO BRITOS C/ DECRETO N° 39.811 DE FECHA 30 DE MAYO DE 1.983, DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO”, y en consecuencia corresponde; 2-REVOCAR el Decreto N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1.983, dictado por el Poder Ejecutivo. 3- ORDENAR el reintegro del Señor MARCOS ADOLFO AQUINO BRITOS en el cuadro activo de las Fuerzas Armadas de la Nación, conforme a los fundamentos desarrollados en este Acuerdo. 4- IMPONER las costas a la perdidosa. 5-ANOTAR...” y su aclaratoria, el Acuerdo y Sentencia N° 218 de fecha 26 de junio de 2.013, por el cual se resolvió: “1- ACLARAR oficiosamente el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 22 de marzo de



2.013, en el sentido de NO HACER LUGAR, CON COSTAS, A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN opuesta por la parte demandada fundado en las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución. 2-HACER LUGAR parcialmente al recurso de aclaratoria formulado por el Señor MARCOS ADOLFO AQUINO BRITOS, contra el numeral 3 de la Parte Resolutiva del Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 22 de marzo de 2.013, quedando redactado como sigue: “ORDERNAR el reintegro del Señor Marcos Adolfo Aquino Britos en el cuadro activo de las fuerzas Armadas de la Nación, con antigüedad de su Baja, que fue dispuesta por Decreto N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1.983; y, DISPONER el pago de salarios caídos desde la fecha de promoción de la demanda 2 de marzo de 2.009, más intereses legales, debiendo el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, realizar las deducciones pertinentes al Aporte para su Haber de Retiro; conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Resolución. 3- ANOTAR...

Se alza en apelación contra lo resuelvo por el Tribunal de Cuentas, el Abogado Felipe Mercado Navarro, Procurador Delegado, de la Procuraduría General de la Republica.

En autos rola a fojas 17 el legajo personal del hoy accionante, del mismo se desprende que el mismo ingreso a las Fuerzas Armadas de la Nación, en fecha 12 de mayo de 1.977. La presente causa tuvo su origen en el Decreto N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1.983, por el cual el Presidente de la Republica, resolvió: “Art. 1° Dase de baja del Ejercito Nacional, al Tte. Inf. Marcos Adolfo Aquino Britos, por mala conducta

El Abogado Roberto Moreno, representante de la Procuraduría General de la Republica, expresó agravios a fojas 168/177, expresando en lo medular del mismo cuanto sigue: “...El actor promovió demanda contenciosa administrativa contra el Decreto N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1.983, dictado por el Poder Ejecutivo, sosteniendo que fue víctima de una persecución personal por parte de un oficial General con el que casi fue emparentado durante la vigencia del Régimen Dictatorial Stronissta. Luego de 30 años, el Señor Marcos Adolfo Aquino, concurre ante la Instancia Contenciosa administrativo, para principiar acciones que de haber sido ciertas, al sentirse víctima de la Dictadura Stronissta, como es de público conocimiento, pudo ejercer efectivamente sus derechos ciudadanos desde la caída del régimen, incluso posteriormente reclamando por la vía administrativa

una indemnización monetaria por parte del Estado Paraguayo de conformidad a la legislación que ampara a las víctimas de la procuraduría tales como la Ley N° 838/96 y demás concordantes, también en vigencia desde hace 17 años. El hecho que la esta representación no haya contestado la demanda contenciosa administrativa, no implica que la misma deba considerarse como aceptación del hecho denunciado por el actor. El estado Paraguayo opuso defensa en autos al deducir excepción de prescripción en virtud al art. 223 y demás concordantes del C.P.C. Esta representación estatal sostuvo en el decurso de la instancia inferior que el Decreto del Poder Ejecutivo N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1.983, se hallaba plenamente ajustado a derecho, en razón a que este ha sido dictado, de acuerdo a la legislación vigente en el tiempo, para que surta efectos legales. Concluye solicitando la revocación de los Acuerdos y Sentencia recurridos.

Al contestar el traslado que le fuere corrido, la adversa, el Señor Marcos Aquino Britos, expreso en apretada síntesis, cuanto sigue: "...La adversa sostiene que hubo o se instruyó sumario al actor, lo cual es una vergonzosa mentira, el poder militar abusivo en manos de inescrupulosos personeros como el General Calvet y otros ya citados, hacían gala de su prepotencia descontrolada para someter a la ley a sus caprichos e intereses, en perjuicio de indefensos subalternos a lo que no quedaba otra, como al Tte. Aquino que esperar días mejores para probar haber sido objeto de la hasta hoy impune conducta criminal de sus camaradas dictando decretos como el N° 39.811 a costa de modestos oficiales a su cargo. O sea, simulaban la realización de sumarios sin realizarlos, como se comprueba categóricamente con las documentales agregadas. Al quedar develada la mentira del sumario al que se siguió la infame pena de Baja impuesta ilegalmente, que la adversa sostiene haber realizado, más bien con la pretensión de evitar a aminorar de algún modo el cargo de la privación o negación del derecho a la defensa atribuido a quienes produjeron el Decreto cuestionado, que se constituye como la pieza argumental decididamente plena para demostrar la ilegitimidad del acto administrativo de referencia, no es necesario decir más, aun cuando hay mucho más para desvirtuar el descaro de la demandada como el peso que tienen las declaraciones testificales rendidas por militares que conocen el caso y cuyo testimonio se muestran oportunos y suficientes para acreditar la persecución inmisericorde al que se sometió al entonces joven Tte. Aquino por la comisión, no del delito militar alguno, sino por el hecho de haber enamorado y ante la inminencia de desposar a la hija del poderoso militar que

en su condición de padre se opuso tenazmente al matrimonio que decidiera su hija. Concluye solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido.

Ahora bien, en autos se promovió excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento, que fue diferida para su estudio al momento de dictar sentencia definitiva en la instancia inferior; la excepción de prescripción fue rechazada por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. Como primera cuestión, corresponde analizar en este caso en particular el plazo legal establecido con que cuentan los funcionarios para promover la acción contencioso administrativa, y una vez determinado esto, verificar si la acción contencioso administrativa fue interpuesta dentro del plazo establecido por el Plexo Legal.

Analizando las disposiciones legales aplicables al caso, debemos en primer lugar señalar lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley N° 1.462/35: “El recurso de lo contencioso administrativo se interpondrá en el término de cinco días.”. Por su parte, el artículo 634 del Código Civil reza: “Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constitutivo sólo existan por tiempo determinado, o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho.”

De los artículos precitados, se colige que nos encontramos indudablemente, ante un caso de caducidad del derecho de accionar, en la que su pertinencia se halla sujeta a determinada temporalidad, que una vez transcurrida hace caducar dicho derecho, pudiendo ser atacada por la vía de la Excepción de prescripción. Recordemos, que por imperio de la ley, ciertos derechos no están sujetos a prescripción, sino que como dijimos, caducan cuando no son ejercidos en el plazo determinado.

Así las cosas, de las probanzas emergen que el actor ha tenido oportunidad para la impugnación del acto administrativo en cuestión (Decreto N° 39.811 de fecha 30 de mayo de 1.983), siendo incomprensible que el misma se haya dado recién en fecha 2 de marzo de 2.009, es decir, transcurridos 26 años. Avalar tal pretensión por parte de este Máximo Tribunal equipararía a la perpetuación indiscriminada de los procesos, como consecuencia del renacimiento de plazos ya prescriptos para el ejercicio de la acción, atentando contra el principio de seguridad y certeza jurídica.

## JURISPRUDENCIA

En consecuencia corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción planteada y autos, como lógico corolario deviene el rechazo de la presente acción contencioso administrativa.

Esta alta Magistratura se ha expedido en el mismo sentido en los siguientes fallos que traigo a colación: “Acuerdo y Sentencia N° 204 de fecha 23 de abril de 2.013, Acuerdo y Sentencia N° 286 de fecha 2 de junio de 2.011, Excelentísima Corte Suprema de Justicia

Por tanto, y de conformidad con los fundamentos expuestos, llego a la conclusión que corresponde REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 22 de marzo de 2.013, y su aclaratoria el Acuerdo y Sentencia N° 218 de fecha 26 de junio de 2.013, ambos dictados por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la perdidosa de conformidad a los arts. 192, 203 Inc. b) y 205 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUIS MARIA BENITEZ RIERA, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos .

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

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

SALA PENAL

RESUELVE:

- 1) NO HACER LUGAR al Recurso de nulidad.
- 2) REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 22 de marzo de 2.013, y su aclaratoria el Acuerdo y Sentencia N° 218 de fecha 26 de junio de 2.013, ambos dictados por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución .

3) COSTAS a la perdidosa.

4) ANOTAR, registrar y notificar.

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

Ante mi: Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.283

***Cuestión debatida:** En grado de apelación se estudian los agravios del nulicidente, que solicita la nulidad del fallo por ser el mismo incongruente, en razón Juzgado Penal Militar se apartó de la acusación formulada por el Fiscal Penal Militar, el que no solo solicito una pena inferior a la que le fue impuesta, sino que tampoco se hizo lugar al sobreseimiento definitivo por los demás delitos militares, no hallando justificación para la condena que le fuera impuesta.*

**CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. CÓDIGO PENAL MILITAR. CÓDIGO PROCESAL MILITAR.**

Atendiendo que, en la presente causa, existe una pena de condena a un año de prisión militar, lo que implica privación de libertad de un personal militar, por la comisión de delitos propios de dicho fuero, es decir de la justicia militar, resulta objeto de reclamo por la vía recursiva, calificado de nulo, en base a supuestos vicios procesales que nulificaron al fallo de referencia.

El hecho que pueda desembocar una pena privativa de libertad, pese a ser ello juzgado por reglas de una legislación especial, como lo son el Código Penal Militar y el Código Procesal Militar, el procedimiento de juzgamiento debe resultar armonizado con principios y preceptos legales de la materia.

Dicha sincronización legal de la materia punible, atendiendo la jerarquización normativa otorgada por el artículo 137 de la Constitución Nacional, la que no puede ser alterada por juzgadores, ni por justiciables, debiendo ser aparejada desde la cúspide normativa, obliga a una revisión constitucional, específicamente al articulado 16 de la máxima norma, que manda: “De la Defensa en Juicio. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

**CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. Garantías procesales. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.**

Complementa la garantía constitucional del pleno acceso a la justicia, el artículo 17 de la Carta Magna, que dispone los derechos procesales, cuyos numerales que se transcriben: “7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;” y “8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;”

Seguido a los referidos preceptos constitucionales, resulta igualmente atendible el Pacto de San José de Costa Rica o, como también es conocido, Convención Americana de Derechos Humanos, ratificado por el Congreso Nacional, por Ley Nº 1/89 de fecha 08 de agosto de 1989, cuyo artículo 8º, bajo el acápite Garantías Constitucionales, garantiza a todo justiciable del siguiente modo: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter.

**SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Falta de fundamentación.**

La carencia en la fundamentación del fallo confirmado por la justicia militar, resulta una violación a preceptos penales indispensables, siendo ello considerado un grave vicio de índole procesal, que no puede ser convalidado, por tanto, no pueden surtir sus efectos punitivos, con la especial atención que en el presente caso implica la privación de libertad del condenado.

La incongruencia y falta de motivación denunciada por la parte nuli-dicente, ya que no a decir de la parte recurrente, hay discordancia entre la acusación Fiscal, con la condena del Juzgado del Segundo Turno de la Primera Instancia de la Justicia Militar, siendo esta última, superior en la cantidad de hechos punibles militares, tras su adición del delito “de Vía de Hecho contra el superior”, que reitero, en fallo confirmado por la alzada de la justicia castrense. Sobre el punto, me remito a la contra argumentación de la parte recurrida, que afirmó el procedimiento de la justicia militar resulta del tipo inquisitorio, en un intento de justificar tal inconciencia, ya que

afirma es concedida la atribución de poder acusar con las más amplias funciones discrecionales al propio juzgador.

**SENTENCIA. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

En materia penal, al igual que el resto de la esfera del derecho público, la especificidad contenida en el principio de legalidad, impide bajo todo motivo o justificativo, la asimilación de un hecho tipo, respecto a otro similar, pero de mayor graduación como desacertadamente invoca la representación fiscal militar, en defensa al fallo recurrido, cuando no fue ampliada la imputación, ni el juzgador lo considero con la ampliación de la calificación del hecho en base a lo demostrado, conjugado con las actuaciones cumplidas por las partes intervinientes en la causa instaurada, ya que la sola variación, itero de manera libre, unilateral y sin mayores fundamentos factico- jurídicos, posicionaría al procesado en una indisimulable situación de indefensión.

En el caso que nos ocupa, evidentemente dicha fue la situación que afectó al Teniente Primero DE Artillería Honorio Nicasio Aguilera Irala, cayendo éste en calidad de procesado por ante la justicia militar en evidente indefensión, sin que el Acuerdo y Sentencia N° 1/14 de fecha 25 de abril de 2014, dictado por la Suprema Corte de Justicia Militar haya subsanado dicha dantesca irregularidad de índole procesal, resultando contravenidos en dicho procedimiento penal militar, los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, artículo 8, numeral 2) de la Convención Americana de los Derechos Humanos y, artículo 13 de la Ley N° 1286/98 “Código Procesal Penal .

**NULIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Falta de fundamentación.**

Pues bien, tan pronto se cotejan los agravios expuestos en la apelación con la respuesta jurisdiccional que le brindo el A-quem en el fallo recurrido, es fácil de advertir que el mismo padece de vicios en la actividad juzgadora en razón de haber omitido expedirse acerca de agravios medulares contra la Sentencia Definitiva del A-quo que ha sido puesto en crisis por parte de la defensa al tiempo de fundamentar contra ella el recurso de Apelación y que se referían a la violación del principio de la presunción de inocencia y legalidad; la violación del principio acusatorio en tanto que el Juez dictó la sen-

tencia condenatoria incluyendo hechos sobre los cuales el Agente Fiscal Militar no ha formulado acusación; así como la incorrecta valoración de los elementos de pruebas que resultaban contradictorias entre sí, etc., extremos agravatorios sobre los cuales el Tribunal A-quem , reitero, omitió pronunciarse, cuando que la esencia de su función fiscalizadora estriba en dar respuesta jurisdiccional a los reclamos recursivos, explicando la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren porque se excluyen los agravios sobre tales extremos y se confirma lo decidido por el juzgador sobre tan sensibles materias. En contrapartida, paradójicamente, tal como se reprodujo en el párrafo que antecede, se expidió sobre cuestiones que no fueron materias impugnadas, ni siquiera guardan relación con los agravios presentados, lo que de por sí constituye un despropósito jurídico.

**NULIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia.**

En las condiciones apuntadas, el decisorio impugnado está afectado de un vicio formal denominado incongruencia omisiva , cuya esencia estriba en la vulneración , por parte del Tribunal A-quem, del deber del adecuado atendimento y resolución de pretensiones relevantes que se ha alegado oportuna y temporáneamente , dando respuesta jurídica , positiva o negativa, a los puntos en discrepancia y susceptibles de gravitar en la solución final adoptada, violando así la obligación que le impone el Art. 240 del C.P.P.M., que exige , expresa e imperativamente, que la Suprema Corte de Justicia Militar resuelva todas las cuestiones sometidas a su decisión.

La omisión y pasividad aludida no solo supone un quiebre de principios procesales sino que una trasgresión de mayor radio en tanto proyecta sus efectos a categoría de indefensión de quien - hallándose bajo la salvaguarda de un órgano jurisdiccional – espera fundadamente que este emita una resolución razonada atinente a los extremos planteados, como reflejo o manifestación, a su vez, de otro derecho fundamental, esto es el de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una Sentencia Definitiva primaria.



**NULIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia.**

Por las razones expuestas, suscribo la descalificación del fallo impugnado propuesta el ilustrado Ministro preopinante. Igualmente, de la Sentencia Definitiva dictada en la instancia primaria, portadora de graves vicios que, no obstante, de haber sido oportunamente denunciados en el recurso no fueron reparados por la instancia revisora, con énfasis sobre tres ítems puntuales: la incorporación sorpresiva del delito de “Vía de Hechos contra el Superior” sobre el cual al justiciable no se le ha brindado ni la más mínima oportunidad para ser oído y, por ende, para ejercer sobre el mismo su defensa material. Ni siquiera integra el catálogo de delitos por los que se abrió la instrucción sumarial (fs. 55), los que se manifiestan como anomalías procesales traducidas en indefensión.

Por otra, la violación del principio de congruencia en tanto que el Agente Fiscal Militar – vía libelo acusatorio, fs. 160/16163 – solamente acusó por el delito Contra el Servicio, previsto y penado en el Art. 122 del C.P.M.; mientras que por los delitos militares investigados (Desobediencia Militar, Abuso de Autoridad, Falta contra la Disciplina Militar) no ha formulado acusación alguna, sino requerido el Sobreseimiento Definitivo. Sin embargo, el Juez dictó sentencia condenatoria por todos los hechos, incluido el delito de “Vía de Hechos contra el Superior” que no ha sido siquiera materia de investigación, cuya irregularidad procedimental y consecuencia perniciosa al derecho a la defensa ya ha sido explicada convenientemente *ut supra*.

Del modo expuesto, el Juez Militar al atribuir al procesado en su sentencia condenatoria hechos delictivos sobre los que el órgano acusador - el Agente Fiscal Militar - no formulo acusación, violó el derecho a la defensa del acusado , toda vez que este - en la coyuntura señalada -, se ciñó , con exclusividad, a formular la defensa sobre el delito Contra el Servicio que fue materia de requerimiento acusatorio y petición de sanción, omitiendo hacerlo respecto a los hechos excluidos de la acusación fundado en la razonable convicción de que el Juez estaba imposibilitado – por el principio de congruencia o coherencia - a adoptar una decisión condenatoria sobre tales hechos no acusados, lo que explica el allanamiento de la defensa al Sobreseimiento Libre solicitado por el Agente Fiscal Militar (164/166).

**CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. Garantías procesales.**

En efecto, la progresiva evolución del derecho hace que se desarrollen nuevas garantías y principios constitucionales y convencionales que ya no se concilian con otros que orientaron y nutrieron a un determinado ordenamiento jurídico, por lo tanto, es frecuente, que se generen conflictos de normas y paradigmas que el aplicador del derecho debe sortear con los cánones hermenéuticos que el sistema le provee. A nivel constitucional la vía hábil para el efecto es la implementación de la supremacía constitucional que al establecer el orden de prelación de leyes permite omitir la aplicación de una ley por otra que es de mayor jerarquía, en tanto regulan materias afines. A nivel convencional, para superar las antinomias normativas y de principios, es herramienta útil el “control de convencionalidad” doctrina que ha sido elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que está llamado a actuar como un módulo verificador de la compatibilidad de un acto o normativa de un Estado con los derechos, garantías y libertades consagrados en la Convención Americana y en atención a la interpretación que sobre los mismos ha pronunciado la Corte Interamericana.

**CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. Garantías procesales. MAGISTRADOS.**

El control de convencionalidad se despliega en sede nacional, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básico. Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales, de ahí la importancia de su desarrollo por las autoridades que de alguna manera ejercen jurisdicción material, como es la jurisdicción militar. Obviamente, en el presente caso, lamentablemente, los órganos de la jurisdicción militar intervinientes en la

causa no lo han implementado, siendo su corolario la suma de iniquidades de fondo y forma que invalidan las resoluciones definitivas dictadas.

**NULIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia.**

Por las razones legales y jurisprudenciales explicitadas precedentemente, corresponde anular oficiosamente la Sentencia Definitiva N° 2/14 de fecha 26 de marzo de 2014, dictada por Juzgado de Primera Instancia Militar, disponiendo la absolución de culpa y pena del Tte. 1° Honorio Nicasio Aguilera Irala, quien deberá ser puesto inmediatamente en libertad, debiendo remitirse los oficios correspondientes a dicho efecto, sin perjuicio de que tenga otra orden privativa de libertad dispuesta por autoridad competente. En mi opinión, por el estadio procesal en que se encuentra la causa, el Sobreseimiento Definitivo no es el instituto procesal aplicable al caso. Se impone adoptar la decisión conclusiva señalada consistente en declarar la nulidad de las sentencias condenatorias recaídas en primera y segunda instancia de la jurisdicción militar y la consecuente absolución de culpa y pena del acusado, considerando que - según el principio impregnado en nuestro sistema procesal penal vigente - no corresponde retrotraer el procedimiento a etapas anteriores precluidas cuando , como en el presente caso, la nulidad (violación del principio de intimación y del principio de congruencia) están destinados, en exclusividad, como garantías a favor del acusado e insertadas en el marco regulatorio del debido proceso legal y de la inviolabilidad de la defensa en juicio que son tributarias de normas de profunda raíz constitucional y cuyo amparo son reconocidos por Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, lo que significa que son derechos-garantías personales, indelegables y exclusivos del penalmente perseguido y de ningún otro sujeto procesal, lo que explica la impertinencia de devolver los autos en primera instancia de la jurisdicción Militar para que otro Juez del mismo fuero vuelva – en sustitución a la declarada nula - a dictar sentencia con arreglo a derecho. Voto en el sentido y con los alcances expuestos.

**C.S.J. Sala Penal. 30/12/2014. “Sumario instruido al Tte. de Artillería Honorio Nicasio Aguilera Irala sobre supuesto hecho de delito contra el servicio, desobediencia, abuso de autoridad y falta contra la disciplina militar ocurrido en el Comarte” (Ac. y Sent. N° 1.283).**

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

**CUESTIONES**

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BLANCO, BENITEZ, y PUCHETA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL MINISTRO SINDULFO BLANCO DIJO: El presente caso, resulta planteado por un personal militar permanente, que tras haber sido condenado por la comisión de delitos propios de la justicia militar, cuestionó el fallo condenatorio, basado en los argumentos que a continuación se consideran: en primer cuestionamiento a su derecho de la defensa, sostuvo haber sido privado del referido derecho, a ser juzgado por la instancia posterior, lo que el mismo califica haber sido objeto de reparación de dicha negación por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo que fue encausado por A. I. N° 1395 de fecha 20 de junio de 2014, haciendo ver que dicha negación fue basada en una serie de normas inaplicables al caso. Superada la accesibilidad del presente caso, que a decir del recurrente debe ser sometida a revisión por ante la justicia ordinaria, alegó que en el sumario instruido a su persona, la acusación del Fiscal Penal Militar, que por Dictamen N° 13/2014, de fecha 06 de marzo de 2014, acusó por el “delito contra el servicio” solicitando la aplicación de la pena de “tres meses de arresto militar”, solicitando el “...Sobreseimiento total del procesado en lo que respecta a los delitos de Desobediencia y Abuso de Autoridad, como también con respecto a la de la Falta contra la Disciplina Militar” (fs. 163 de los antecedentes administrativos), sin embargo, el Juzgado Militar de Primera Instancia del Segundo Turno, por S. D. N° 02 de fecha 26 de marzo de 2014 (fs. 167/174 del expediente administrativo), resolvió: “CALIFICAR la conducta irregular asumida por el Tte. 1° Art. HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA, como DELITOS CONTRA EL SERVICIO, DESOBEDIENCIA, ABUSO DE AUTORIDAD, FALTA CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR y LAS VIAS DE HECHO CONTRA EL SUPERIOR, conductas antijurídicas previstas y penadas en los artículos 131 en concordancia con los artículos 132, 165, 299 inc. a), d), e), f) del Código Penal Militar; y CONDENAR al mismo a la pena de 1 (un) año de prisión militar.” (fs. 174). Así, el nulidicente cuestiona como el Juzgado Penal Militar, se apartó de la acusación formulada por el Fiscal Penal Militar, el que no solo

solicito una pena inferior a la que le fue impuesta, ello sin fundamentación alguna, a lo que agrega qué tampoco se hizo lugar al sobreseimiento definitivo por los demás delitos militares, cuando también lo fue requerido por el representante Fiscal acusador, sin fundamentación que justifique la condena por la serie de delitos cuando reitera, había sido peticionado el sobreseimiento del mismo, invocando cita jurisprudencial de esta Sala Penal al respecto. Así considera que el Juez se apartó de lo que solicitó la parte acusadora, faltando con ello el Juzgado Militar a su deber de neutralidad en el procedimiento, para asumir roles que corresponden exclusivamente a las partes intervinientes en el sumario administrativo, para en base a todo lo expuesto concluir el impetrante que resulta víctima de un fallo incongruente e inmotivado, ya que afirma que no hay coincidencia entre la acusación a su parte (fue acusado por un hecho, y solicitada la aplicación de la pena de prisión por tres meses, siendo condenados hechos distintos al que fue acusado, caso específico del delito militar de “vía de hecho contra el superior” que fue adicionado tan sólo por el juzgador e impuesta una pena mucho mayor a la pretendida por la parte Fiscal), pese a ello dicha disposición lo privó de su libertad, calificando al mismo de fallo ultra petita, por disponer una medida condenatoria mayor a la pretendida por la parte acusadora, y sin fundar dicha variación en la punición que le fue aplicada. Con tales argumentos, solicita la anulación del fallo recurrido.

#### CONTESTACIÓN DEL AGENTE FISCAL MILITAR

En abierta resistencia a los fundamentos expuestos por la parte nuli-dicente, la representación Fiscal castrense hace uso de su derecho a réplica, iniciando respecto a la supuesta negación del acceso a la justicia referida por el militar recurrente, lo que reconoce fue objeto pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, que resolvió en sentido positivo a la queja por apelación denegada, permitiendo con ello la sustanciación de los recursos aquí disputados, postura que la Suprema Corte de Justicia Militar ha sostenido con bastante anterioridad al presente caso, haciendo el representante de la parte recurrida, cita a modo de precedente jurisprudencial de casos anteriores tramitados por dicho fuero, entre los que indica el “Sumario Instruido al Tte. 1º COM NESTOR RAMON ECHEVERRIA s/ Supuestos Hechos de Insubordinación y Lesión Corporal en el Área Penal de la DISERJUMIL” y “Sumario Instruido al S.O 3ª ROBERT FROILAN AQUINO GONZALEZ y S.O 3ª IM WILFRIDO CAÑETE s/ Supuesto hecho de Homicidio en el Área de Responsabilidad de la PREFECTURA –

ZONA AYOLAS – BRAZO AÑA CUA, en los que por proveído de fecha 26 de agosto de 2011 y, 10 de julio de 2013, han sido dispuestas mismas medidas que la asumida por la máxima instancia de la Justicia Militar (denegación del recurso) en virtud a los artículos 403 del C.P.C, 28 inciso a) del Código de Organización Judicial y 15, inciso a) de la Ley N° 609/95, con lo que resulta defendida la legalidad y certeza del proceder, sin que pueda significar intención de privación de acceso a la justicia ordinaria, como lo sostuvo la parte impetrante. Establece la diferenciación de los sistemas inquisitivos y acusatorios, haciendo notar que los mismos difieren en el método de administrar justicia, y varían los roles funcionales asignados a las autoridades según cada sistema procedimental, para hacer un breve resumen del desarrollo previsto para describir las actuaciones propias de la primera instancia de la Justicia Militar, conforme al artículo 228 del Código Procesal Penal Militar, reconociendo en su contestación uno de los fundamentos dados a la nulidad, entre ellas la no coincidencia de la acusación de la representación fiscal y lo finalmente resuelto por el juzgador, resultando la última una pena más gravosa a lo que fue peticionado, que tas ser objeto de recurso en alzada fue finalmente confirmada por la instancia revisora ante la Justicia Militar, para concluir la representación de la parte recurrida que la calificación definitiva – ante la justicia militar – debe ser efectuada por el magistrado conforme a las probanzas de autos, a las normas del procedimiento militar y no limitar su valoración a lo expuesto por las partes. Defiende el fallo atacado de nulidad, para hacerlo bajo el argumento que el mismo está amparado por el derecho.

#### ANALISIS DE LA NULIDAD

Atendiendo que en la presente causa, existe una pena de condena a un año de prisión militar, lo que implica privación de libertad de un personal militar, por la comisión de delitos propios de dicho fuero, es decir de la justicia militar, resulta objeto de reclamo por la vía recursiva, calificado de nulo, en base a supuestos vicios procesales que nulificaron al fallo de referencia.

El hecho que pueda desembocar una pena privativa de libertad, pese a ser ello juzgado por reglas de una legislación especial, como lo son el Código Penal Militar y el Código Procesal Militar, el procedimiento de juzgamiento debe resultar armonizado con principios y preceptos legales de la materia.

Dicha sincronización legal de la materia punible, atendiendo la jerarquización normativa otorgada por el artículo 137 de la Constitución Nacional, la que no puede ser alterada por juzgadores, ni por justiciables, debiendo ser aparejada desde la cúspide normativa, obliga a una revisión constitucional, específicamente al articulado 16 de la máxima norma, que manda: “DE LA DEFENSA EN JUICIO. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.”

Complementa la garantía constitucional del pleno acceso a la justicia, el artículo 17 de la Carta Magna, que dispone los derechos procesales, cuyos numerales que se transcriben: “7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;” y “8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;”.

Seguido a los referidos preceptos constitucionales, resulta igualmente atendible el Pacto de San José de Costa Rica o, como también es conocido, Convención Americana de Derechos Humanos, ratificado por el Congreso Nacional, por Ley N° 1/89 de fecha 08 de agosto de 1989, cuyo artículo 8º, bajo el acápite GARANTIAS CONSTITUCIONALES, garantiza a todo justiciable del siguiente modo: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Obligado por la contestación cumplida por el Fiscal Militar en la presente causa, la sentencia interlocutoria N° 1395, fechada 20 de junio de 2014, emanada de esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (fs. 222/223) y que a la fecha tiene fuerza de cosa juzgada, de pura aplicación del artículo 7º de la Ley N° 4256/11 “QUE REGLAMENTA EL ARTÍCULO 174 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL”, disposición legal que remite la potestad revisora de las causas tramitadas por ante la justicia militar, a este colegiado de la justicia ordinaria.

Situaciones anteriores a la presente causa, las que fueron debidamente individualizadas por la parte recurrida, la propia representación Fiscal Militar en su contestación al traslado diligenciado, reconoce expresa-

mente que con anterioridad fueron negados recursos a otros personales militares condenados por ante dicho fuero especializado, lo que resulta edulcorado por la parte que invoca en defensa como situación practicada con frecuencia por la misma, cuando ello resulta tan manifiesta privación de acceso a la justicia, truncando la posibilidad de prosecución de re estudio por la vía recursiva, con el agravante de aplicar en dicha gestión fundamentos legales visiblemente inaplicables.

Evidentemente en causas citadas como precedentes jurisprudenciales de la máxima instancia de la justicia militar, al igual que en la presente, también hubo denegación de recurso por parte de la Suprema Corte de Justicia Militar, con la particularidad que en el caso de estos autos, el condenado ha echado mano a las herramientas procesales habilitantes, con sobrado éxito procesal, siendo por dicha vía habilitada el estudio de los recursos procesales en curso.

Por la razón expuesta, el proceder contra legem del magistrado o del colegiado competente en administración de justicia ante los organismos castrenses, no puede traducirse en legalidad cuando que ello no lo es, aclaración que va orientada con exclusividad a la concesión del recurso dispuesta por esta Sala Penal, por su A. I. N° 1395 de fecha 20 de junio pasado, en queja por apelación denegada a su parte por la Suprema Corte de Justicia Militar.

Respecto a la superación de la pena aplicada al personal militar imponente, en consideración a la petición de su acusador, todo ello sin fundamentación que permita al condenado la comprensión de la gravedad de la pena impuesta, así como la inclusión de un delito penal militar por el cual no fue procesado, resultan sobradas causales de nulidad, sin que la misma haya sido notada por la instancia revisora de la Justicia castrense.

La potencialidad de aplicación de condena, con resultado que implique privación de libertad, en el caso que nos ocupa de un personal militar, pero sujeto de derecho, y por ende amparado por todas las garantías propia de la persona humana, conforme al régimen positivo procesal penal vigente, obligadamente resulta aplicable el artículo 13 de la Ley N° 1286/98 Código Procesal Penal, el que dispone: “Los principios y garantías previstos por este código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal o cualquier resolución restrictiva de la libertad” (Sic.).



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La primera de las citadas causales nulificadoras, recae en la cuestionada fundamentación del fallo N° 1/14 de fecha 25 de abril de 2014, de la Suprema Corte de Justicia Militar, cuando que por imposición de índole constitucional, conforme al artículo 256 de la Súper Ley, obligatoriedad de fallar conforme a la Constitución y a las leyes y, el artículo 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 pruebas.”, sin que dichas garantías contenidas en las indicadas previsiones normativas legales hayan sido respetadas, por el decisorio de la Suprema Corte de Justicia Militar, confirmatoria de un fallo de instancia militar primaria.

Lo que la representación recurrida considera, defendiendo como “fallo ajustado a derecho”, el artículo 125 ya antes mentado, culmina su previsión con lo transcrito a continuación: “La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación.”

La carencia en la fundamentación del fallo confirmado por la justicia militar, resulta una violación a preceptos penales indispensables, siendo ello considerado un grave vicio de índole procesal, que no puede ser convalidado, por tanto, no pueden surtir sus efectos punitivos, con la especial atención que en el presente caso implica la privación de libertad del condenado.

La incongruencia y falta de motivación denunciada por la parte nuldicante, ya que no a decir de la parte recurrente, hay discordancia entre la acusación Fiscal, con la condena del Juzgado del Segundo Turno de la Primera Instancia de la Justicia Militar, siendo esta última superior en la cantidad de hechos punibles militares, tras su adición del delito “de Vía de Hecho contra el superior”, que reitero, en fallo confirmado por la alzada de la justicia castrense. Sobre el punto, me remito a la contra argumentación de la parte recurrida, que afirmó el procedimiento de la justicia militar resulta del tipo inquisitorio, en un intento de justificar tal incoincidencia, ya que afirma es concedida la atribución de poder acusar con las más amplias funciones discrecionales al propio juzgador.

Sin alargar indebidamente el considerando de la presente resolución, refresco el antecedente histórico del sistema inquisitivo, del en apariencia, que se jacta el representante de la parte recurrida, defendiendo el actuar por ante la Justicia Militar, que resulta como la reacción severamente de la

iglesia católica como el Estado, utilizando medios diversos que se universalizan a partir del Concilio de Verona (1184), en el cual nace la institución de la inquisición medieval: el decreto *Ad abolendum* encarga a los obispos la inspección anual de los pueblos donde se presentaban numerosas herejías a fin de recabar informes secretos acerca de ellas, utilizando al efecto a personas de buena reputación para, llegado el caso, juzgar por ellos mismos a los sospechosos, a quienes se les negaba la posibilidad de oponer cualquier privilegio de exención de juzgamiento. La implicancia religiosa, importaba más a la iglesia la conversión que la represión, lo que torna casi intrascendente las consecuencias jurídicas iniciales del sistema de referencia.

Con el Concilio de Letrán (1215) se decidió insistir severamente la lucha contra la herejía, permitiendo ello la aparición de jueces pesquisidores o inquisidores especiales, facultados a intervenir por acusación o de manera oficiosa.

La práctica supra referida, se extendió a Francia, Italia y España (desde donde luego llegó a América y apréciase del porqué no pudo afectar tal práctica al sistema inglés, de disímil método de procedimiento), a partir de los delitos contra la fe (herejías), la competencia del Santo Oficio fue ampliándose para abarcar no sólo delitos contra la religión, sino también contra los incumplimientos de los deberes clericales (celibato) y contra las buenas costumbres (adulterio, sodomía). Es importante señalar aquí, que aun, cuando su juzgamiento se limitaba al orden canónico, la respectiva decisión tenía notable influencia en los jueces seculares (véde Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Velloso, Adolfo Alvarado, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 64/65, Santa Fe – Argentina, año 2004).

De la reseña doctrinaria indicada, de tan respetado autor procesalista, y de los ya antes citados preceptos constitucionales, concordantes con el igualmente indicado Tratado Internacional, de plena vigencia en nuestro sistema positivo, concuerdo con el citado autor que no puede afirmarse, al menos congruente ni fundadamente, que tales preceptos constitucionales o internacionales, rijan dentro del sistema inquisitivo, a lo que agrego la previsión del artículo 8º del Pacto San José de Costa Rica, ratificado en nuestro país por Ley Nº 1/89, cuyo numeral 2) dispone: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:”

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” Las negritas, agregadas por el opinante, indican lo pertinente aplicable al presente caso.

En base a tales precisiones, en la actualidad procesal, no se puede siquiera idear la vigencia de un sistema, de los propios términos de la representación fiscal militar “con particularidades” inquisitoriales, ya que de tolerar ello, se estaría habilitando al desarrollo de procedimientos contrarios al ideal del “debido proceso”, o si se prefiere procesos propios de un sistema filosóficamente erróneo y de dudosa constitucionalidad, por resultar contrario a diversas normas y principios propios del sistema procesal vigente, afectando tal paradoja a la propia legislación procesal militar, cuyo artículo 228, en transcripción parcial dispone:

“Art. 228.- El Juez de la Primera Instancia dictara sentencia, con sujeción a las siguientes reglas:...”

“...b) se consignarán los hechos que se consideren probados y que estuviesen relacionados con el punto o puntos que deben abrazar el fallo, por medio de resultados convenientemente separados y enunciados;”

“c) se expresarán las conclusiones definitivas de la acusación y la defensa;...”

“...1°) los fundamentos de la calificación legal de la participación que en los referidos hechos que se hubieren estimado probados;”

“2°) los fundamentos de la calificación legal de la participación que en los referidos hechos hubiese tenido cada uno de los procesados;”

“3°) los fundamentos de la calificación legal de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad criminal en caso de haber concurrido; y enseguida se citaran las disposiciones legales que se consideren aplicables, y se pronunciar por miento; amnistía o indulto; condonación o perdón del ofendido en los delitos que no dan lugar a la acción pública; prescripción de la acción o de la pena. La prescripción de la acción

comienza a correr desde el día en que se ha competencia en que por insuficiente identificación de la persona quede incierto el acusado, o falten algunos de los requisitos mencionados en el artículo precedente.”

El ordenamiento legal vigente de la materia penal, como quedó vista, lo que incluye incluso al procedimiento de la Justicia Militar, conforme a las normativas regulatorias del proceso penal en todas sus áreas, no condicen a un sistema inquisitorial, ya que la claridad de los preceptos constitucionales, como la garantizada por el Pacto San José de Costa Rica, las que dispensan de mayores comentarios a fin de evitar innecesarias reiteraciones, que más esclarecer implicaría inerte redundancia, no así, la prevista en la norma reguladora del proceso penal militar, cuyos literales transcritos hacen referencia a las actividades propias de las partes intervinientes del proceso cumplido ante la Justicia Militar, sin contemplar posibilidad de pro actividad del sentenciante, para finalmente, en los últimos numerales igualmente transcritos, resultan: i) la obligatoriedad de fundar con la norma penal el tipo base calificado, ii) fundar la adecuación del hecho imputado y, iii) fundar la existencia de agravantes y/o atenuantes (si los hubiere), lo que posiciona en postura contra legem la afirmación realizada por el representante de la parte recurrida en contestación al fallo impetrado, quien con pensamiento filosófico más que jurídico, al hacer el comparativo entre el proceso ordinario y el castrense (fs. 252, párrafo segundo) con el calificativo de “pequeñas particularidades del último”, buscó justificar el vicio procesal detectado en la resolución de la presente nulidad.

En materia penal, al igual que el resto de la esfera del derecho público, la especificidad contenida en el principio de legalidad, impide bajo todo motivo o justificativo, la asimilación de un hecho tipo, respecto a otro similar, pero de mayor graduación como desafortunadamente invoca la representación fiscal militar, en defensa al fallo recurrido, cuando no fue ampliada la imputación, ni el juzgador lo considero con la ampliación de la calificación del hecho en base a lo demostrado, conjugado con las actuaciones cumplidas por las partes intervinientes en la causa instaurada, ya que la sola variación, itero de manera libre, unilateral y sin mayores fundamentos factico- jurídicos, posicionaría al procesado en una indisimulable situación de indefensión.

En el caso que nos ocupa, evidentemente dicha fue la situación que afectó al TENIENTE PRIMERO DE ARTILLERÍA HONORIO NICASIO

AGUILERA IRALA, cayendo éste en calidad de procesado por ante la justicia militar en evidente indefensión, sin que el Acuerdo y Sentencia N° 1/14 de fecha 25 de abril de 2014, dictado por la Suprema Corte de Justicia Militar haya subsanado dicha dantesca irregularidad de índole procesal, resultando contravenidos en dicho procedimiento penal militar, los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, artículo 8, numeral 2) de la Convención Americana de los Derechos Humanos y, artículo 13 de la Ley N° 1286/98 “Código Procesal Penal”.

Por las razones expuestas, voto por la declaración de nulidad del fallo puesto en crisis, por resultar el mismo contrario a derecho, conforme a los desaciertos procesales indicados, contrarios a disposiciones normativas de diversos grados, como consecuencia de la previsión del artículo 229 del Código Procesal Militar, que estipula como tal la sanción de incumplimiento a las previsiones del artículo 228 del referido plexo procesal, específicamente al literal b) y los numerales 1) y 2), así como también, por resultar el fallo en crisis, contrario a principios del garantismo procesal, que conforman al ideal del debido proceso, del cual, el justiciable en el presente caso resultó privado.

Ante la posición procesal actual, tras la declaración de nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 1/14 de fecha 25 de abril de 2014, dictado por la Suprema Corte de Justicia Militar por esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a fin de poder lograr una solución en la sustanciación de los recursos concedidos, debe ser integrada la norma procesal aplicable al caso de autos, considerando la previsión del artículo 9 de la Ley N° 4256/11 “QUE REGLAMENTA EL ARTÍCULO 174 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL” que transcrito, contempla: “Para el trámite y la resolución de estos recursos serán aplicables, analógicamente, las disposiciones relativas al procedimiento en tercera instancia contenidas en el Capítulo II, Título V del Código Procesal Civil.”, generando la atípica situación, que procedimientos de contenido puramente penal, resulten regidos en su desarrollo por las reglas del proceso civil.

La especial delicadez que ofrece el presente caso, el que no registra precedentes, obliga establecer con precisión cuál resulta la norma procesal aplicable al efecto de conocer las facultades del tribunal revisor por ante el fuero de la justicia ordinaria, siendo criterio que por expresa disposición de la ley especial que habilita la instancia revisora definitiva (artículo 9, Ley

Nº 4256/11), corresponde el artículo 435 del Código de ritos civiles, que dispone: “Remisión. Son aplicables al procedimiento en tercera instancia, las disposiciones del Capítulo I, Sección I de este Título.” (Sic.).

Dicha previsión, remite expresamente, ampliando con ello la aplicación de la derivada legislación procesal, insertando la aplicabilidad del capítulo y sección indicados por el supra citado artículo 435.

De lo expuesto en el párrafo anterior, en la resolución del recurso que nos ocupa, resulta aplicable el artículo 420 del Código Procesal Civil, pese a que el mismo no se halla contenido en el capitulado dispuesto por el artículo 9º de la Ley Nº 4256/11, pero como quedó asentado en el párrafo anterior, implícitamente aplicable por el Capítulo y la Sección de aplicación supletoria. El artículo 420 del Código de ritos, establece las atribuciones del Tribunal que cumple el rol de instancia revisora, disponiendo cuanto resulta transcrito: “Poderes del Tribunal. El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 113.” La nueva tática remisión normativa, torna aplicable un artículo de Capítulo y título, distintos a los ya citados, quedando facultado el órgano revisor a realizar exámenes de regularidad procesal a la resolución recurrida, incluso de manera oficiosa.

#### ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE FONDO

De lo propuesto por ante esta Corte Suprema de Justicia, resta determinar la situación del personal militar condenado, lo que implicaría pasar a la resolución de la cuestión de fondo, es decir, el re examen del Acuerdo y Sentencia Nº 01/14, de fecha 26 de marzo de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Segundo Turno, fallo condenatorio.

En términos sintéticos, el recurrente niega el estado de ebriedad que le fue atribuido con posterior condena, al tiempo que cuestiona tal calificación sin medios de pruebas idóneos, impugnando el valor probatorio para la condenación por ese hecho de la declaración en audiencias informativas y testificales, en las que así fue declararon los respectivos testigos (no uniforme del total de testigos), así como en los respectivos informes escritos presentados (fojas 40, 13/14, 98 vuelto, 106), siendo obviadas las declaraciones obrantes a fojas 15, 39 y 86 respectivamente, donde fue declarado en un presunto estado de ebriedad y duda por en el segundo caso, por los testigos que se presentaron a declarar, así como también resulta negada la comisión

de los hechos por los cuales fue condenado, como ser agresión, insubordinación, malos tratos, cuando todos los testigos afirmaron haber actuado por orden del propio Señor Comandante del COMARTE, a quien se síndico como víctima de la vía de hecho contra el superior, cuando por el mismo no fue denunciado, ratificado, ni siquiera prestó esta declaración – cuando supuestamente resultó directamente afectado por supuestos delitos cometidos – por los que el recurrente resultó condenado, calificando de acusaciones inexistentes y temerarias, cuando que la propia víctima hizo público por diversos medios periodísticos y posteriormente, informó formalmente a las más altas esferas de la cúpula Militar, agregados a estos autos, donde quedó clara, por expresiones del mismo la intrascendencia del caso, reconociendo que fueron falta administrativa grave (y no delitos militares), solicitando la anulación o revocación, conforme a los méritos considerados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y sea decretada la libertad del mismo.

A la falta de fundamentación alegada por el recurrente, responde en su defensa la representación Fiscal militar afirma que el fallo atacado se encuentra fundado y ajustado a las probanzas cumplidas en autos y a disposiciones legales aplicables. Amplía sus dichos, desarrollando la idea que la violación al delito de desobediencia y a la conducta del condenado, se encuentran tipificados por el Código Penal Militar, reprimiendo los dos grandes delitos que afectan la seguridad del Estado y a la propia institución militar, especificando que lo imputable al accionante es el de desobediencia. Respecto a la vía de hecho, que fue cuestionada su condena, pese a la no imputación por dicho delito, al tiempo que defiende que no se requirió imputación específica, cuando ello resulta una desobediencia agravada, lo que la parte accionada, indica como quinto agravio, ya que la parte resolutive de la S. D. N° 02, confirmada por la resolución recurrida, califica la conducta del condenado por los artículos 132, 165 y 299 del Código Penal Militar, sin que pueda resultar agravio al condenado la no imputación del delito de vía de hecho, ya que este constituye una forma agravada de desobediencia, hecho por el cual si fue imputado el condenado. Manifiesta que de haber sido condenado por el delito de vía de hecho, de acuerdo al artículo 141 de la legislación penal militar, correspondía la aplicación de la pena mínima de tres (3) años de prisión militar. La representación Fiscal Militar, aclara que de haber existido condenación por el delito de vía de hecho contra el superior, correspondía una pena distinta a la que le resultó aplicada al sujeto de estos autos. Expone misma tesis, respecto a los agravios objeción de pruebas

producidas, presunciones y acusación fiscal, ya que los mismos se refieren delito previsto por el artículo 122 (delito contra el servicio) por el cual el accionante no fue condenado. Acumula su contestación respecto a lo que individualiza como agravios S 8, S 9, S 10, S 11 y S 12 (objeción de pruebas, negación a la extracción de sangre, medio probatorio idóneo, presunciones y acusación fiscal) puesto que los mismos resultan centralizados en la condena impuesta por el artículo 122 del Código Penal Militar (fs. 256). De los agravios identificados como S 13, S 14, S 15, S 16 y S 17 (tema investigado, testificales, declaración del testigo presencial, orden superior e informe del COMARTE) sostiene que guardan relación con elementos probatorios debidamente producidos en autos, bajo las reglas del debido proceso, sin cuestionamientos por ninguna de las partes, prescribiendo la oportunidad para hacerlo, conforme al artículo 273 del Código Procesal Militar, cuando tales elementos probatorios fueron debidamente valorados por el juez al tiempo de pronunciarse, por lo que solicita la confirmación de todo lo actuado, como de la condena aplicada al mismo.

II) El supuesto de embriaguez atribuido al condenado por el Juzgado de Primera Instancia del Segundo Turno de la Justicia Militar, situación de especial trascendencia en esta causa, ya que uno de los delitos por el cual resultó condenado, contiene a dicho estado alcohólico como elemento constitutivo del hecho penado, cuando quien lo comete lo hace cumpliendo su servicio de guardia, conforme a la previsión del artículo 122 del Código Penal Militar. La norma citada, dispone: “El militar que en cualquier puesto de Guardia fuese encontrado ebrio, o se presentare en ese estado a tomar su servicio de Guardia, será castigado con la sanción disciplinaria máxima del arresto leve. El arresto grave será aplicado si el culpable es Oficial.” Los subrayados han sido agregados. De la lectura del mismo, se desprenden dos puntos relevantes: para la condenación del presente hecho, resulta ineludible la comprobación del estado de ebriedad, y el hecho tipificado, tratándose el involucrado un Oficial de las Fuerzas Armadas, como resulta en el sub lite, no contempla pena privativa de libertad, sino arresto grave.

II. 1) Otros delitos militares por los que resultó condenado el recurrente, guardan relación indirecta con el estado de alcoholismo atribuido al mismo.

II.2) Sin embargo, como el recurrente cuestiona, en autos no existe constancia que acredite la borrachera que le resultó atribuida en suceso ocurrido en fecha 19 de noviembre de 2013, en el Comando de la Artillería, ya



que al condenado no le fue practicado el test de alcoholemia u otro tipo de examen, como ser la prueba de aliento, medios que permiten con certeza determinar el estado de la persona y la graduación del elemento etano en el organismo del acusado.

II.2.1) Reconoce el recurrente haberse opuesto a la extracción de sangre, haciendo uso de su derecho a abstenerse a declarar en la fecha el 19 de noviembre de 2013, en suceso acaecido en el COMARTE, invocando que tal operación extractiva, no iba ser practicado por un profesional médico, ya que en aquella ocasión, en la citada unidad militar, solo se encontraba cumpliendo el servicio de guardia en la sanidad, un Sub Oficial de Enfermería, el que identificado fue conforme a las constancias agregadas al presente expediente judicial, sin que este sea siquiera personal médico, mucho menos un especialista en materia forense, sino un auxiliar de la salud, cuestionando el valor probatorio de lo que pudo haber resultado de dicha operación, desmeritándolo, conforme al artículo 59 del Código Procesal Militar, que norma cuanto sigue: “El médico forense practicará las autopsias, reconocimientos médicos y demás actos propios de su profesión con el celo y la prontitud que la naturaleza del caso exija.”.

II.2.1.2) De la abstención a la extracción de sangre que hace referencia el accionante, como corolario del derecho de a la defensa se desprende el principio por el cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, por cuyo motivo, el imputado se convierte en un sujeto incoercible dentro del campo del derecho procesal penal. En mérito a lo expuesto, todo procesado tiene la plena facultad de abstenerse de declarar sin que el silencio pueda interpretarse como elemento de prueba en su contra y, en caso que lo hiciera, debió haber sido voluntaria y libremente, sin que pueda mediar coacción o coerción para hacerlo.

II.3) El derecho a no declarar contra sí mismo, reconocido expresamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional, está ligado al principio de inocencia, aceptado por la Carta Fundamental en el numeral 1) del artículo 17 y, expresamente por la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los que se fundamentan en el respeto a la libertad y dignidad humana.

II.3.1) La declaración de testigos constituye un medio inapto para la demostración certera del estado de embriaguez, sirviendo dicha vía para acreditar la ingesta de bebida alcohólica, generando una presunción de al-

teración por efecto del alcohol, no así, dicha declaración no podrá determinar con certeza la alcoholización del sujeto sospechado. En regulación a la materia probatoria, el artículo 102 de la ley procesal penal militar, establece: “Las pruebas se producen por medio de declaraciones de testigos, cargos, instrumentos, reconocimientos y exámenes, la confesión, confrontación, intercepción de la correspondencia, acumulación de procesos, inspecciones, presunciones e indicios. Lo que a la acreditación del estado de una persona implica, específicamente a la embriaguez o sobriedad de esta, necesariamente debe ser por medio de los exámenes científicos correspondientes y la obligada intervención de personal médico, como ya fue expuesto en el punto II.2.1) del presente voto.

II.4) El magistrado debe basarse en la certeza que puedan otorgar únicamente los medios científicos, como los citados, itero hemograma a través de la prueba de alcoholemia (examen laboratorial) o prueba de la espiración (por dispositivos electrónicos), sin que ninguna de tales diligencias probatorias hayan sido practicadas.

II.5) Ante la orfandad probatoria, la embriaguez a consecuencia de los efectos del alcohol imputado al Teniente Primero de Artillería HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA, no pudo haber sido fundamentado en declaraciones testificales, ya que estas producen presunciones, sin que pueda sustentarse válidamente una resolución sancionatoria conforme a la regla prevista en el artículo 176 del Código Procesal Militar, literales b), c), d), e), f) y g), lo que implica la aplicación de una condena sin la comprobación del estado por el que acusado.

II.5.1) La no acreditación del estado de embriaguez que resultó atribuido al militar condenado en Primera Instancia de la Justicia Militar por un medio de suficiente idoneidad, vuelva la aplicación del artículo 122 del Código Penal Militar al presente caso (delito de presentarse al servicio de guardia alcoholizado) resulta una condena por un hecho que no fue probado, como lo sostuvo el accionante, por lo que torna a la resolución infundada, con la expresa aclaración que el consumo de bebidas alcohólicas por parte del personal militar, dentro del recinto de la unidad a la cual se encuentra asignado, puede resultar un hecho sancionado con medidas disciplinarias propias del ámbito de la justicia administrativa, es decir, con otro tipo de consecuencias como ser el arresto conforme al artículo 62, numeral 3) párrafo final y 269, literal d), sin que pueda ser enmarcado como un delito

militar, cuando no se adecua a la previsión del ya antes citado artículo 122 de la Ley N° 843/80 Código Penal Militar.

III.) En avance analítico, el delito de abuso de autoridad atribuido al condenado, conforme al artículo 164 del Código Procesal Militar, resulta de una gravedad superior a la previsión del artículo 165 del mismo plexo legal, el que dispone: "...será reprimido con sanción disciplinaria siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo caso, se aplicará la pena que a éste corresponda." Que el exceso atribuido al recurrente, presenta una expectativa de pena puramente disciplinaria, con arresto, lo que implica que ante la acusación de un hecho de mayor gravedad, debió resultar absorbido en la calificación del hecho y aplicación de la pena. Conforme a las constancias del presente expediente debió haber sido aplicada una condena por el delito que resulta más gravoso, es decir, el abuso de autoridad (artículo 164) ya que éste hecho resulta con una sanción de pena privativa de libertad de hasta dos años, a diferencia del que le resultó aplicada por la instancia de grado, que establece al arresto como sanción.

III.1) La correspondencia en la aplicación por el hecho de abuso de autoridad, cuya sanción resulta más gravosa, impide la condenación por el hecho tipificado en el artículo 165 del Código Penal Militar, sin embargo, en la parte dispositiva del Acuerdo y Sentencia N° 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014, el accionante fue igualmente condenado por el articulado que ya no resultaba aplicable al caso (fs. 174), por expreso mandato de ley, conforme a la transcripción parcial del párrafo anterior.

III.2) Por el hecho de abuso de autoridad, el Juzgado omitió íntegramente referirse en el considerando de la resolución atacada, limitando su argumentación respecto a un hecho que resultó captado, con la desazón de haber sido impuestas condenas en forma conjunta por ambos supuestos – pese a la no fundamentación, faltando con ello al deber de fundar como resulta impuesto por el artículo 403, numeral 4) del Código Procesal Penal – como resulta legible en el numeral 1) de la parte resolutive del Acuerdo y Sentencia N° 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014 (fs. 174), sin que ello resulte factible, por expresa restricción del artículo 165 del Código Penal Militar, como ya quedó convenientemente desarrollado en el punto III) del presente voto.

III.3) Respecto al supuesto hecho de abuso de autoridad, situación que conforme a la magra referencia del Juzgador, (fs. 172 vlto. párrafo final e inicio de la 173), constituye otro quebranto a la exigencia del literal b) del

artículo 228, y numerales 2 y 3 del Código Procesal Militar, ya que no hubo análisis, ni fundamentación, sino una mera relación de hechos, sin mayores agregados ni consideraciones del tipo jurídico, factico ni adecuación de los hechos a una valoración del tipo penal, independiente a la sanción dual de hechos penales incompatibles.

IV) Finalmente, la condena impugnada por el delito de “vía de hecho contra el superior” previsto en el artículo 141 del Código Penal Militar, reconocido expresamente por el Juzgado interviniente como el de mayor gravedad, por constituir un acto de insubordinación, atentatorio contra la disciplina militar, cuya expectativa de pena resulta la prisión militar no inferior A TRES AÑOS. Sin embargo, en novedosa condena, el TENIENTE PRIMERO DE ARTILLERÍA NICASIO AGUILERA IRALA, resultó condenado a la pena de un (1) año de prisión militar, conforme al numeral 2) de la Sentencia Definitiva N° 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Segundo Turno (fs. 174), es decir, fue condenado por un hecho, cuya sanción resulta mucho mayor y sin posibilidad de reducción en la pena, ya que no contempla atenuantes.

IV. 1) La primera situación que merece consideración, es que del total de delitos penales militares por los cuales resultó condenado el TENIENTE PRIMERO DE ARTILLERÍA HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA por Sentencia Definitiva N° 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Segundo Turno (fs. 167/174), siendo ellos los DELITOS CONTRA EL SERVICIO, DESOBEDIENCIA, ABUSO DE AUTORIDAD, FALTA CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR y VIAS DE HECHO CONTRA EL SUPERIOR, es considerado el último de los delitos mentados como el de mayor graduación punitiva, cuya pena correspondiente es de no menos de tres años, cuando la pena que fue aplicada, es de un tercio a la prevista.

IV. 1.1) El asentimiento por parte de la representación Fiscal Militar, ya que no existe constancia agregada al presente expediente de haber buscado rectificar tal desacierto por vía de la aclaratoria, ni recurso alguno, en acto impugnatorio al fallo significado, por parte de la referida representación, situación de omisión que implicó el tácito consentimiento de la Sentencia Definitiva N° 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Militar del Segundo Turno, así como tampoco puede ello ser objeto de modificación por esta alzada, en virtud al principio procesal imperante en materia penal, de la reformatio in peius, por el cual,

la situación del procesado, no puede resultar desmejorada como resultado de la interposición de un recurso planteado por el mismo sujeto condenado.

IV.1.2) Así, la incongruencia resultante de la incoincidencia entre la pena tipificada por la legislación penal militar – por el delito de vía de hecho contra el superior – y la pena mínima correspondiente, que ya fue observado, no puede resultar inferior a tres años (artículo 141, Ley N° 843/80), sin que la normativa contemple atenuantes, que permitan la reducción de la misma, mal pudo haber sido aplicada una condena inferior a la estipulada para el hecho por el cual fue finalmente condenado, cuando el mismo juzgador hizo expresa referencia a la importancia de la disciplina en filas del personal subalterno hacia los superiores (fs. 173, vuelto), como hizo lo mismo la propia parte contradictora para tan grave hecho (fs. 255).

IV.1.3) Desarrollado fue por el representante fiscal, el hecho tipificado como “vía de hecho contra el superior”, resultando víctima el Comandante de la Gran Unidad COMARTE, Gral. de Brigada CARLOS MIGUEL RIVEROS TALAVERA. Sin embargo, en el desarrollo del presente procedimiento conforme a las actuaciones procedimentales cumplidas en primera instancia de la justicia militar, quien ostentó la calidad de víctima, no ha prestado ningún tipo de declaración en la fase de investigación, pese a ser víctima del hecho por el cual el imputado resultó finalmente condenado. Debe ser precisado que quien resultó víctima del suceso investigado, con ulterior condena de prisión militar, resulta máxima autoridad en el escalafón de la verticalidad jerárquica en filas militares dentro de la unidad en que fue denunciada la comisión del delito de vía de hecho.

IV. 1.4) La obligatoriedad de declarar sobre faltas y delitos militares, se encuentran previstas en los artículos 45, 46, 58, 67 de la Ley N° 844/80 Código Procesal Militar y dada la elevada graduación en la jerarquía de la víctima, debió haber testificado conforme a las formalidades previstas en el artículo 128 del ya citado código de ritos, que dispone: “Están obligados a declarar, pero no están obligados a concurrir a la citación:” “...b) Los Oficiales Generales y Coroneles o sus equivalentes, los miembros del Poder Legislativo y Judicial. Todos éstos declararían por medio de oficio, a cuyo efecto se les transcribirá el correspondiente interrogatorio...”.

IV. 1.5) Contrariamente a las exigencias procesales supra citadas, rola a fojas 86 el informe elevado por el Comandante del Comando de Artillería del Ejército al Comandante Interino del Ejército, donde pone al tanto

del más alto mando militar, lo que fue requerido en base a unas publicaciones periódicas en el que puso a conocimiento cuanto sigue: “En referencia a la publicación periódica mencionada, informo que los hechos ocurridos en el COMARTE en fecha próxima pasada no tienen la magnificencia, la gravedad ni la connotación que se le quiere dar, pues de lo contrario otras hubieran sido las medidas que se hubieran tomado en su momento, muy por el contrario se realizó los pasos ordinarios de rutina acorde con la situación, haciendo participar al personal interviniente correspondiente para que sirva de testigo y ayuden a paliar la situación que se presentaba en ese momento, no obstante la falta cometida por el Tte. 1º Art. HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA es de suma gravedad y corresponde la aplicación de una sanción ejemplar a lo que reza las leyes y Reglamentos Militares vigentes...” “Cabe además mencionar que la mencionada agresión física mencionada en la publicación no pasó de forcejeos y agresiones verbales proferidas supuestamente por el estado en que se encontraba (con evidentes signos de ebriedad) a todos los participantes de la intervención y presumiblemente por no estar en uso de la razón el mencionado Oficial...” Las negritas resaltan lo pertinente.

IV. 1.6) Nuevamente se hace referencia a un presunto estado ético del victimario, sin que ello haya sido probado, como expresamente lo informó el Comandante del COMARTE, quien en calidad de víctima por el delito de vía de hecho contra la superioridad, informa de un presunto estado ético, lo que no genera cosa distinta a una presunción, sin que como tal pueda servir de andamiaje jurídico sustentador para una condena de prisión militar, conforme lo expuesto en los puntos II.3.1), II.4), II.5) y II.5.1) del considerando aquí desarrollado.

V.) En conclusión, la condena impuesta al TENIENTE PRIMERO DE ARTILLERIA HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA, encuentro que padece de insuficiencia de fundamentación, conforme a los motivos y las razones expuestas en el considerando de la presente resolución judicial, que no se encuentra ajustado a las previsiones que rigen la materia, ya que las consideraciones del Juez de Primera Instancia de la Justicia Militar del Segundo Turno, se basó, conforme al decisorio plasmado en su Sentencia Definitiva Nº 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014, como saltó a la vista en el desarrollo del punto II) y sus respectivos numerales, por el cual no fue comprobado por medio fehaciente el estado de embriaguez atribuido al condenado; punto III) en el que fue impuesta una pena inferior tipificada en el

artículo 165 del Código Penal Militar, (exceso de autoridad aprovechando del rango), cuando debió haber sido absorbido por otro delito militar de mayor gravedad conforme a la regla contenida en el citado artículo, siendo aplicada la condena en forma simultánea con el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 164 de la misma norma; para finalizar con lo desarrollado en el punto IV) que existió condena por el delito de vía de hecho contra el superior sin la declaración de la víctima, cuando que nada menos se trató del mismo Comandante del COMARTE, con la especial situación que inmerecidamente fue aplicada una pena que no corresponde por el hecho por el cual fue finalmente resultó condenado, faltando a momento de sentenciar con visibles inobservancias probadas de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 228 de la Ley N° 843/80 Código Procesal Militar, surgiendo como consecuencia la aplicación del artículo 229 de la misma norma procesal, que transcrito resulta: “Es nula la sentencia en que por insuficiente identificación de la persona quede incierto el acusado, o falten algunos de los requisitos mencionados en el artículo precedente.” V. 1) Dada la sanción de nulidad dispuesta por el artículo 229 de la Ley N° 843/80, resaltado con cursiva y negrita en el párrafo anterior, lo que conjugo con los artículos 269 y 271, permitiéndome la transcripción del último de los citados, que manda: “Si el procedimiento estuviese arreglado a derecho y la nulidad consistiese en la forma de la sentencia, el Tribunal así lo declarará quedando separado de la causa el Juez inferior que le haya dictado.”

VI. 1.2) La resolución de fondo, obliga a esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al sobreseimiento definitivo del TENIENTE PRIMERO DE ARTILLERIA HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA, paraguayo, sin sobrenombre ni apodo, soltero, de profesión militar, con documento de identidad N° 3.694.632, hijo de Don Rufino Arsenio Aguilera Garcete y Doña María Florencia Irala, nacido en fecha 03 de enero de 1984 en Asunción, y disponer la inmediata libertad conforme a los méritos analizados y fundados en el cuerpo de la presente resolución.

VII. ) Respecto a la imposición de las costas, las mismas deben ser soportadas por la parte vencida en virtud a la teoría del riesgo objetivo asumido en el evento.

A SU TURNO LA MINISTRA PUCHETA de CORREA MANIFESTÓ: Luego de un exhaustivo análisis de los autos traído a despacho y a la luz del discernimiento jurídico esgrimido por el ilustrado colega preopinante, adelante que suscribo, en lo pertinente, el desenlace conclusivo que propone

como solución al conflicto jurídico-penal que la causa trae aparejada, esto es la descalificación de los fallos recaídos en la jurisdicción Militar, todo ello en atención a las consideraciones fácticas y jurídicas que esbozare en lo sucesivo en aval de las conclusiones de meritos que manifiesto compartir y con los alcances que también explicare. A tales efectos hago mía la circunstanciada enunciación de los pormenores fácticos – jurídicos delineados por quien me antecede en la votación, lo que me habilita a incursionar directamente sobre los ítems involucrados en la controversia recursiva en inspección jurisdiccional.

En tal sentido, en relación al Acuerdo y Sentencia N° 1/14 de fecha 25 de abril de 2014, emitido por la Suprema Corte de Justicia Militar, razón asiste al recurrente – tal como también lo advierte con agudeza el preopinante - al sostener que el fallo de referencia carece de la debida fundamentación, vicio que lo torna inhábil para mantener virtualidad jurídica. En ese orden de cosas debe partirse de la idea que el proceso penal – ordinario o militar, más allá de sus matices diferenciales - regulan procedimientos de protección jurídica para los justiciables - apegados a la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y a las leyes – cuya finalidad es la investigación de la verdad mediante la concatenación de actos procesales validos que permitan el dictado de una sentencia justa y en la que van implícitas las garantías específicas de la defensa en juicio y el debido proceso , en cuanto exigen que las sentencias constituyan una derivación razonada del derecho vigente aplicadas a las circunstancias comprobadas de la causa y la garantía innominada de la no arbitrariedad que conlleva la exigencia de un mínima inexcusable racionalidad de todos y cada uno de los actos jurisdiccionales encaminados a impartir justicia. Ninguna de estas garantías constitucionales toleran que una sentencia sea producto de la mera voluntad del juzgador de alzada y a costa de prescindir de la evaluación circunstanciada y criteriosa de los agravios concretos plasmados en la postulación recursiva sometida a su consideración y que, precisamente, establecen los límites del ejercicio de la jurisdicción que el A-quem está llamado a ejercer.

Inspirada en el resumido pero sustancial bagaje de principios y garantías que anteceden, en lo sucesivo expondré – en apretada síntesis – la manera en que la falta de motivación ha anegado al fallo militar sometido a consideración de esta Magistratura. En tal sentido, las constancias causídicas revelan que la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de Pri-



mera Instancia Militar, plasmada en la Sentencia Definitiva N° 2/14 de fecha 26 de marzo de 2014, motivó la reacción impugnativa de la defensa del Tte. Honorio Aguilera Irala, implementando los Recursos de Apelación y Nulidad, para luego - en cumplimiento de la exigencia recursiva que le impone el Art. 236 del C.P.P.M.- expresar sus agravios (fs.182/184).

Por el escrito recursivo de referencia – vía apelación – la defensa puso en crisis la sentencia definitiva aduciendo, entre otras cosas, que el A-quo lo ha dictado en violación del principio de la presunción de inocencia y legalidad; insistió en que el juzgador se desentendió totalmente del libelo acusatorio del Agente Fiscal Militar quien no ha formulado acusación por los delitos de desobediencia, Abuso de autoridad y Falta contra la Disciplina Militar; sin embargo asumiendo rol de juez y parte, el A-quo condeno por los hechos no acusados, fungiendo de Fiscal y Juez al mismo tiempo. Amén de lo expuesto cuestiono la valoración de los elementos de pruebas que - según adujo – resultaban contradictorias, mencionando incluso, el contenido delictivo de un medio de prueba.

En ese mismo contexto – vía nulidad - alegó que los plazos procesales – siendo de orden público – fueron inobservados; centralizó su agravio nulificadorio en el hecho de que en la sentencia definitiva incluyo, sorpresivamente, un delito “Vía de Hechos contra el Superior” que nunca ha sido materia de la investigación sumarial, no ha sido objeto de prueba, de...///... ///...Dictamen Fiscal alguno, ni mucho menos puesto a conocimiento de la defensa. A pesar de todo ello, se incorporó en la sentencia condenatoria, siendo patente la flagrante violación de la defensa de los derechos y de las personas en juicio, consagrada en el Art. 17 de la Constitución Nacional.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Militar, por el Acuerdo y Sentencia recurrido, se pronunció rechazando el recurso de nulidad y confirmando el fallo apelado. En el abordaje de la primera cuestión se expidió en función a los agravios desgranados; empero respecto a la incorporación sorpresiva del delito de “Vía de Hechos contra el Superior”, los argumentos esgrimidos resultan manifiestamente insustanciales para negar la sanción nulificatoria reclamada por la defensa, particularmente, porque al justiciable no se le ha dado oportunidad para ser oído sobre tal ilícito militar, toda vez que en su indagatoria no se ha observado el principio de intimación, esto es la obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, de instruir de cargos y advertir de sus derechos cons-

titucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de todos los hechos que se le atribuyen y sus consecuencias legales, lo que explica la violación de la garantía reconocida en el Art. 17.7 de la Constitución Nacional y en el Art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

Si bien el despropósito jurisdiccional aludido es relevante, lo es más el dislate en que el A-quem ha incurrido en el examen de la segunda cuestión, ocasión en el que - precedido de la la sucinta expresión de agravios que el fallo apelado generó para el recurrente e igualmente la posición jurídica asumida por el Agente Fiscal Militar – se limito a afirmar que llega a la misma conclusión expuesta en la sentencia; es decir la responsabilidad del Tte. 1° Honorio Nicasio Aguilera en la comisión de los delitos contra el servicio, desobediencia, abuso de autoridad, falta contra la disciplina militar y vías de hechos contra el superior, por estar todos fundados y ajustados a las probanzas de autos y disposiciones legales aplicables.

Y a renglón seguido expone – al margen de todo agravio - consideraciones sobre el espíritu militar que debe adornar a quienes siguen la carrera; los principios y valores que los rigen; la existencia de normas disciplinarias que marcan conductas de acción entre superiores y subalternos; así como reglamentaciones de disciplina que pautan esas conductas y cuya inobservancias son susceptibles de ser sancionadas. En ese trance también explica que existe un cuerpo jurídico que define delitos a ser procesados en la jurisdicción militar; que la justicia militar contiene dos grandes tipos de delitos, las que afectan la seguridad del Estado y las...///...

...///...que afectan la institución militar. En una de las que afectan la seguridad del Estado ha incurrido el Tte. 1° Honorio Nicasio Aguilera. Finalmente, en función a su facultad de superintendencia, llama la atención al Agente Fiscal por haber propuesto el sobreseimiento libre en forma extemporánea, pues solo correspondía que recomiende la absolución o la condena.

Pues bien, tan pronto se cotejan los agravios expuestos en la apelación con la respuesta jurisdiccional que le brindo el A-quem en el fallo recurrido, es fácil de advertir que el mismo padece de vicios en la actividad juzgadora en razón de haber omitido expedirse acerca de agravios medulares contra la Sentencia Definitiva del A-quo que ha sido puesto en crisis por parte de la defensa al tiempo de fundamentar contra ella el recurso de Apelación y que

se referían a la violación del principio de la presunción de inocencia y legalidad; la violación del principio acusatorio en tanto que el Juez dictó la sentencia condenatoria incluyendo hechos sobre los cuales el Agente Fiscal Militar no ha formulado acusación; así como la incorrecta valoración de los elementos de pruebas que resultaban contradictorias entre sí, etc., extremos agravatorios sobre los cuales el Tribunal A-quem , reitero, omitió pronunciarse, cuando que la esencia de su función fiscalizadora estriba en dar respuesta jurisdiccional a los reclamos recursivos, explicando la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren porque se excluyen los agravios sobre tales extremos y se confirma lo decidido por el juzgador sobre tan sensibles materias. En contrapartida, paradójicamente, tal como se reprodujo en el párrafo que antecede, se expidió sobre cuestiones que no fueron materias impugnadas, ni siquiera guardan relación con los agravios presentados, lo que de por sí constituye un despropósito jurídico.

Entonces, desde el momento en que la Suprema Corte de Justicia Militar no ha brindado la debida respuesta a los puntos discutidos de la resolución impugnada , la omisión deviene de gravedad institucional contaminante del fallo, lo que permite afirmar que el Tribunal A-quem dictante ha rehuido a su primaria labor de selección, interpretación y elaboración de los elementos fácticos y jurídicos que el caso traído a su consideración exigía y en ese contexto, al fundar su decisión, debía hacerlo en atención a los agravios desgranados por el apelante y a la contestación de la parte adversa , todo ello a la luz de las normas cuya aplicación han sido controvertidas, de tal modo que las partes estén en condiciones de poder verificar la correcta aplicación de la normatividad en vigor aplicable al caso y la exposición de un razonamiento lógico debía constituir su acabada y palmaria demostración.

Al respecto, con acierto señala Bidart Campos : “ El derecho a la jurisdicción no se satisface ni se agota con el mero acceso a un juez , ni con la secuela del debido proceso , sino que exige culminar con una sentencia ( valida) que resuelva “todas “ las pretensiones y “ todas” las cuestiones de hecho y de derecho incluidas en la causa. Dejar de resolver una cuestión de orden constitucional es amputar el meollo de la causa y de la sentencia. No es resolver todo. El residuo no juzgado deja sin jurisdicción al justiciable pretensor.” (El Derecho, Jurisprudencia General, Tomo 128, Pag. 221 y sgtes.).

En las condiciones apuntadas, el decisorio impugnado está afectado de un vicio formal denominado incongruencia omisiva , cuya esencia estriba en la vulneración , por parte del Tribunal A-quem, del deber del adecuado atendimiento y resolución de pretensiones relevantes que se ha alegado oportuna y temporáneamente , dando respuesta jurídica , positiva o negativa, a los puntos en discrepancia y susceptibles de gravitar en la solución final adoptada, violando así la obligación que le impone el Art. 240 del C.P.P.M., que exige , expresa e imperativamente, que la Suprema Corte de Justicia Militar resuelva todas las cuestiones sometidas a su decisión.

La omisión y pasividad aludida no solo supone un quiebre de principios procesales sino que una trasgresión de mayor radio en tanto proyecta sus efectos a categoría de indefensión de quien - hallándose bajo la salvaguarda de un órgano jurisdiccional – espera fundadamente que este emita una resolución razonada atinente a los extremos planteados, como reflejo o manifestación, a su vez, de otro derecho fundamental, esto es el de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una Sentencia Definitiva primaria.

Y ello es así porque dentro del debido proceso que promete y garantiza la Constitución Nacional no tiene cabida la jurisprudencia de conceptos o de construcciones jurídicas basadas en dogmas , que en todo caso deben dejarse para el ámbito académico, porque en la tarea de impartir justicia las argumentaciones meramente mecánicas o rutinarias no son legítimas, en tanto que es menester que la legalidad de una decisión sea demostrada con la enunciación de las razones que justifican la aplicación de la ley en el caso singular , ya que solamente mediante el control sobre la validez de esas razones - como resultado de una unión compleja de selecciones y valoraciones - se puede establecer si lo resuelto deriva de la ley o del arbitrio del juzgador.

Por consiguiente, como lo postula el preopinante, el Acuerdo y Sentencia impugnado, no sintoniza con las rigurosas exigencias traducidas en el lenguaje constitucional instalado en el Art. 256 de la Constitución Nacional que es del tenor siguiente: “DE LA FORMA DE LOS JUICIOS: Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine. Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre. El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.” . Al ser

la Constitución Nacional portador de la garantía enunciada se constituye en instrumento normativo principal en el contexto de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación imperativa. En otros términos, las normas constitucionales son normas dominantes frente a todas en la concreción del sentido general de todo el ordenamiento jurídico y de la que no está exceptuada la jurisdicción militar.

Es la razón por la que los fallos que padecen de los defectos señalados son catalogados, tanto por la Sala Penal, como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, como “manifiestamente infundados” o “arbitrarios” que constituyen modalidades de vicios intolerables, siendo su forzosa consecuencia la sanción nulificatoria. Así lo ha entendido la Sala Penal en el Acuerdo y Sentencia N° 1.050 de fecha 22 de julio del año 2004, en el Expte. :” : “MINISTERIO PUBLICO C/ FELIX CABRAL S/ HOMICIDIO “. en el que sostuvo: “ ..La sentencia penal debe dar respuesta a todos y cada una de las pretensiones jurídicas sostenidas por las partes del enjuiciamiento. Su inobservancia da lugar a la denominada incongruencia omisiva o “fallo corto “, en la que el Tribunal de instancia dicta una sentencia incongruente con la solicitud de las partes, en definitivas, sin dispensar la tutela judicial efectiva proclamada por la Constitución que en su manifestación sobre el contenido de la sentencia exige que el Tribunal de una respuesta jurídica a las pretensiones deducidas estimándolas o no, pero siempre resolviendo lo solicitado por las partes.”.

Por su parte, ante similares iniquidades la Sala Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de las resoluciones portadoras de tales vicios y plasmado, entre otros, en el Acuerdo y Sentencia N° 1828 de 13 de noviembre de 2012, en el que afirma: “..Considero que el órgano de alzada al dictar la resolución impugnada se ha apartado de las claras disposiciones establecidas en el artículo 456 del Código Procesal Penal, cayendo en lo que la doctrina denomina el vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión, que constituye el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium. En definitiva se tratan de vicios in procedendo que atentan contra el debido proceso y la fundamentación de las resoluciones judiciales.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, niega validez a las sentencias carentes de motivación adecuada y ha establecido los presupuestos que sobre la materia exige la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como lo plasmado, entre otros, en el caso “López Mendoza vs Venezuela”, en el que determinó los alcances de la motivación adecuada de resolución judicial, afirmando: “...la Corte reitera que la motivación “es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso...”.

La misma Sala Constitucional, reconociendo la fuerza vinculante del Pacto de San José de Costa Rica, ha fundado la inconstitucionalidad de resoluciones judiciales invocando su inobservancia, al sostener: “La doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa. En ese orden de ideas, en mi opinión, la sentencia atacada es inconstitucional, por cuanto se han violado las garantías contempladas en los artículos 16, 17, incisos 1) y 3) y 256 de la Constitución Nacional, como también, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, numerales 1 y 2, incorporada a nuestro derecho positivo nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución.”. En el caso, reitero, no se visualiza en la resolución impugnada que se hayan observado ninguno de los estándares constitucionales y convencionales que deben presidir una resolución motivada, lo que se tra-

ducen en una evidente violación de las garantías esbozadas, por consiguiente, desde todos los ángulos, el Acuerdo y Sentencia impugnado contraería el Art. 256 de la C.N., el Art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, así como el Art. 240 del CPPM.

Por las razones expuestas, suscribo la descalificación del fallo impugnado propuesta el ilustrado Ministro preopinante. Igualmente de la Sentencia Definitiva dictada en la instancia primaria, portadora de graves vicios que no obstante de haber sido oportunamente denunciados en el recurso no fueron reparados por la instancia revisora, con énfasis sobre tres ítems puntuales: la incorporación sorpresiva del delito de “Vía de Hechos contra el Superior” sobre el cual al justiciable no se le ha brindado ni la más mínima oportunidad para ser oído y por ende, para ejercer sobre el mismo su defensa material. Ni siquiera integra el catálogo de delitos por los que se abrió la instrucción sumarial (fs. 55), los que se manifiestan como anomalías procesales traducidas en indefensión.

Por otra, la violación del principio de congruencia en tanto que el Agente Fiscal Militar – vía libelo acusatorio, fs. 160/16163 – solamente acusó por el delito Contra el Servicio, previsto y penado en el Art. 122 del C.P.M.; mientras que por los delitos militares investigados (Desobediencia Militar, Abuso de Autoridad, Falta contra la Disciplina Militar) no ha formulado acusación alguna, sino requerido el Sobreseimiento Definitivo. Sin embargo, el Juez dictó sentencia condenatoria por todos los hechos, incluido el delito de “Vía de Hechos contra el Superior” que no ha sido siquiera materia de investigación, cuya irregularidad procedimental y consecuencia perniciosa al derecho a la defensa ya ha sido explicada convenientemente ut supra.

Del modo expuesto, el Juez Militar al atribuir al procesado en su sentencia condenatoria hechos delictivos sobre los que el órgano acusador - el Agente Fiscal Militar - no formuló acusación, violó el derecho a la defensa del acusado, toda vez que este - en la coyuntura señalada -, se ciñó, con exclusividad, a formular la defensa sobre el delito Contra el Servicio que fue materia de requerimiento acusatorio y petición de sanción, omitiendo hacerlo respecto a los hechos excluidos de la acusación fundado en la razonable convicción de que el Juez estaba imposibilitado – por el principio de congruencia o coherencia - a adoptar una decisión condenatoria sobre tales hechos no acusados, lo que explica el allanamiento de la defensa al Sobreseimiento Libre solicitado por el Agente Fiscal Militar( 164/166).

Dicho de otra manera, la condena recaída sobre hechos que no fueron objeto de acusación Fiscal, implica la vulneración del derecho a la defensa desde el momento que sobre lo decidido la defensa no ha podido articular argumentos sobre los elementos probatorios para afirmar los diversos elementos vinculadas a los cuestiones teórica-dogmáticas comprometidas en los delitos no acusados. Es decir, nada menos que a la hora de la culminación de la legalidad sustancial, es decir al momento de la calificación del hecho, de su existencia, de la autoría y aun de la imposición de la pena, etc., la defensa penal no pudo ser ejercida idóneamente, ni mucho menos a plenitud, por lo que la condena impuesta resulta ser producto de una actuación jurisdiccional que le es sorpresiva desde el momento que no existe congruencia entre el hecho acusado y los plasmados en la sentencia de condena.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce al principio de congruencia rango convencional, en tanto refiere, en el caso *Fermi Ramírez vs Guatemala*: “..Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención”. En el mismo fallo explica su razón de ser y el derecho que protege, al afirmar: Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación...”. Y el principio vulnerado no se demanda por puro amor a la simetría, sino porque el debido proceso exige que el ejercicio de la defensa penal sea ejercida en la medida de la acusación.

También es reprochable la Sentencia Definitiva en lo tocante a la sanción impuesta, toda vez que luce notoriamente inconsecuente con la pluralidad de delitos acreditados, con sus respectivas sanciones y normas que



regulan la dosificación punitiva. Repárese que para imponer la prisión militar de un año no tuvo en consideración, en lo más mínimo, los rigurosos parámetros que establece el estatuto punitivo militar, como ser la reiteración, la prohibición de imponer penas menores o mayores a las establecidas para cada hecho; así como las reglas establecidas para agravar o atenuar las penas, lo que explica que la impuesta es producto de la voluntad discrecional del juzgador, toda vez que desconoce las directrices normativas que regulan la proporcionalidad punitiva como modalidad de ajuste a los principios constitucionales que rigen la materia y consistente en la readaptación del condenado y la protección de la sociedad

Los vicios señalados que nutren a la Sentencia Definitiva examinada no pueden ser justificados con el pretexto de que el proceso penal militar aplicado es de corte inquisitivo, con sus particularidades procedimentales propias, puesto que estas ceden ante normas constitucionales y convencionales posteriores que incorporan nuevos principios y garantías que socavan a los que rigen en el sistema inquisitivo, debiendo estos ajustarse a aquellos y no a la inversa.

En ese orden de cosas, a propósito de la Jurisdicción Militar, el sistema inquisitivo y los nuevos paradigmas del proceso penal, rescato lo observado por la Sala Constitucional en el Acuerdo y Sentencia N° 1834 de fecha 22 de diciembre de 2004, en el que sostuvo: “Con lo dicho quiero acotar que como consecuencia del sistema procesal existente (sistema inquisitivo) la Corte Suprema de Justicia Militar e incluso los Tribunales Militares inferiores tienen prerrogativas y amplios poderes jurisdiccionales, con lo cual la máxima instancia Militar puede incluso rever totalmente un proceso resuelto por los inferiores y en consecuencia por ejemplo y como el caso en cuestión, modificar la calificación del hecho e incluso agravarlas, sin embargo aunque dichas facultades sean legales, hoy las mismas son inconstitucionales en virtud a las garantías consagradas por el “Derecho a la defensa, en este caso con la “reformatio in pejus” contenido en los artículos 16, 17 y concordantes de la Constitución Nacional, por lo que URGE UNA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN DICHO ESTAMENTO en atención a que “La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”, así como que “Los tribunales militares juzgarán delitos de falta de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria”

y finalmente que: “[...] del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales” por tanto Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. Por lo que las disposiciones constitucionales expresadas, la norma a ser aplicadas en estamentos diferentes, al propiamente jurisdiccional, como lo es la instancia militar, deben ser acordes y sobre todo en atención a que la República del Paraguay es un “Estado Social de Derecho” y por tanto democrático y garantista en consecuencia, las normas que rigen las conductas de los individuos deben ceñirse a tales principios sin discriminación alguna. “.

En efecto, la progresiva evolución del derecho hace que se desarrollen nuevas garantías y principios constitucionales y convencionales que ya no se concilian con otros que orientaron y nutrieron a un determinado ordenamiento jurídico, por lo tanto, es frecuente, que se generen conflictos de normas y paradigmas que el aplicador del derecho debe sortear con los cánones hermenéuticos que el sistema le provee. A nivel constitucional la vía hábil para el efecto es la implementación de la supremacía constitucional que al establecer el orden de prelación de leyes permite omitir la aplicación de una ley por otra que es de mayor jerarquía, en tanto regulan materias afines. A nivel convencional, para superar las antinomias normativas y de principios, es herramienta útil el “control de convencionalidad” doctrina que ha sido elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que está llamado a actuar como un módulo verificador de la compatibilidad de un acto o normativa de un Estado con los derechos, garantías y libertades consagrados en la Convención Americana y en atención a la interpretación que sobre los mismos ha pronunciado la Corte Interamericana.

El control de convencionalidad se despliega en sede nacional, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básico. Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales, de ahí la importancia de su desarrollo por las autoridades que de alguna manera ejercen jurisdicción material, como es la jurisdicción militar. Obviamente, en el presente caso, lamentablemente, los órganos de la jurisdicción militar intervinientes en la causa no lo han implementado, siendo su corolario la suma de iniquidades de fondo y forma que invalidan las resoluciones definitivas dictadas.

Por las razones legales y jurisprudenciales explicitadas precedentemente, corresponde anular oficiosamente la Sentencia Definitiva N° 2/14 de fecha 26 de marzo de 2014, dictada por Juzgado de Primera Instancia Militar, disponiendo la absolución de culpa y pena del Tte. 1° Honorio Nicasio Aguilera Irala, quien deberá ser puesto inmediatamente en libertad, debiendo remitirse los oficios correspondientes a dicho efecto, sin perjuicio de que tenga otra orden privativa de libertad dispuesta por autoridad competente. En mi opinión, por el estadio procesal en que se encuentra la causa, el Sobreseimiento Definitivo no es el instituto procesal aplicable al caso. Se impone adoptar la decisión conclusiva señalada consistente en declarar la nulidad de las sentencias condenatorias recaídas en primera y segunda instancia de la jurisdicción militar y la consecuente absolución de culpa y pena del acusado, considerando que - según el principio impregnado en nuestro sistema procesal penal vigente - no corresponde retrotraer el procedimiento a etapas anteriores precluidas cuando , como en el presente caso, la nulidad (violación del principio de intimación y del principio de congruencia) están destinados, en exclusividad, como garantías a favor del acusado e insertadas en el marco regulatorio del debido proceso legal y de la inviolabilidad de la defensa en juicio que son tributarias de normas de profunda raíz constitucional y cuyo amparo son reconocidos por Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, lo que significa que son derechos-garantías personales, indelegables y exclusivos del penalmente perseguido y de ningún otro sujeto procesal, lo que explica la impertinencia de devolver los autos en primera instancia de la jurisdicción Militar para que otro Juez del mismo fuero vuelva – en sustitución a la declarada nula - a dictar sentencia con arreglo a derecho. Voto en el sentido y con los alcances expuestos.

**A SU TURNO EL MINISTRO BENITEZ RIERA MANIFIESTA SU ADHESIÓN AL VOTO DEL MINISTRO SINDULFO BLANCO.**

## JURISPRUDENCIA

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la

C O R T E S U P R E M A D E J U S T I C I A

S A L A P E N A L

R E S U E L V E

DECLARAR LA NULIDAD del Acuerdo y Sentencia N° 1/14 de fecha 25 de abril de 2014, dictado por la Corte Suprema de Justicia Militar conforme quedo dicho en el exordio de la presente resolución.

HACER LUGAR a la pretensión de la parte accionante y en consecuencia disponer la anulación del Sentencia Definitiva N° 02/14 de fecha 26 de marzo de 2014, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Justicia Militar del Segundo Turno, en consecuencia disponer el sobreseimiento definitivo del TENIENTE PRIMERO DE ARTILLERIA HONORIO NICASIO AGUILERA IRALA, paraguayo, sin sobrenombre ni apodo, soltero, de profesión militar, con documento de identidad N° 3.694.632, hijo de Don Rufino Arsenio Aguilera Garcete y Doña María Florencia Irala, nacido en fecha 03 de enero de 1984 en Asunción, y disponer la inmediata libertad conforme a los méritos analizados y fundados en el cuerpo de la presente resolución.

IMPONER las costas a la parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Luis Maria Benitez, y Alicia Pucheta.

Ante mí: Abg. Norma Dominguez. Actuaría Judicial.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 88

***Cuestión debatida:** Se analiza en grado de Apelación, la resolución que da lugar a la demanda instaurada por un Capitán de Navío, en relación al pago jubilatorio y de la diferencia de sus haberes de retiro.*

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro.**

Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de Cuentas, la Resolución Apelada no se ajusta a derecho, asimismo no fue el resultado del cotejo de los documentos arrimados a estos autos.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro.**

El DECRETO por el que se acordó su retiro de las Fuerzas Armadas de la Nación, con la jerarquía y categoría correspondiente a los años de servicios prestados al Estado Paraguayo, en CALIDAD DE CAPITÁN DE NAVÍO que posteriormente fue motivo de actualización por parte de la administración con apego a las disposiciones legales que rigen la materia, en consecuencia, repito... que dichas manifestaciones de la actora no pueden tener una acogida favorable en esta instancia, y deben ser rechazadas.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Finalmente, y basados en el “Principio de Legalidad, Legitimidad” consagrados en los artículos N° 9 y 257 de la Constitución Nacional, no se reflejan motivos valederos para mantener incólume el Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre del 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.

**CSJ. Sala Penal. 26/02/2015. Del Ministerio de Hacienda N° 243 “Víctor Hugo Amarilla Cibils c/ Resolución N° 1.778 de fecha 23 de mayo de 2012. Año 2012” (Ac. y Sent. N° 88).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, los Ministros de la Exce-lentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvieron plantear las siguientes:

**CUESTIONES:**

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor SINDULFO BLANCO DIJO: La Abogada Fiscal del Ministerio de Hacienda GRACIELA BOGARIN MOREL, representante legal de la Parte Demandada, ha fundado el Recurso de Nulidad respecto al Acuerdo y Sentencia N° 211/2.013 individualizado, sin embargo, analizados dichos fundamentos, consideramos que pueden ser estudiados con respecto al Recurso de Apelación, al entender que carecen de vicios o defectos que justifiquen la declaración de oficio de su nulidad, bajo los términos de los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde DESESTIMAR ESTE RECURSO. ES MI VOTO.

A sus turnos, los MINISTROS PUCHETA DE CORREA y BENITEZ RIERA manifiestan que

LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el Ministro BLANCO DIJO: Por Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre del 2011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, se resolvió: “1.- HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa, instaurada en los autos “VICTOR HUGO AMARILLA CIBILS C/ RESOLUCION N° 1778 DE FECHA 23 DE MAYO DE 2012 DEL MINISTERIO DE HACIENDA”, y, en consecuencia; 2.- REVOCAR la Resolución DGJP N° 1014 del 12 de abril de 2012, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda y, por tanto; 3.- DISPONER que la Dirección de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda abone al señor VICTOR HUGO AMARILLA CIBILS el pago de la diferencia entre el haber de retiro anterior y la actual correspondiente al mes de enero de 2012 y el pago en concepto de diferencia de haber de retiro correspondiente al sueldo de un Contralmirante de las Fuerzas Armadas de la Nación, en actividad, desde el mes de febrero de 2012 hasta el mes que se haga efectivo dicho pago 4.- IMPONER LAS COSTAS, a la perdedora. 4.- ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia. “(fs.114/121 de autos).

PONENCIAS DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

La Abogada de la Parte Demandada, GRACIELA BOGARIN MOREL, expone los fundamentos respecto a los agravios que generan a su representada, el Acuerdo y Sentencia N°211de fecha 24 de junio del 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y en concreto se expidió respecto: a la carencia de fundamentación legal y motivación del Miembro preopinante y que inexorablemente debe cumplir el Tribunal de Cuentas en atención al Art. 15 inc. b) del C.P.C.; conforme al deber de fundar los fallos que tienen los jueces, como una garantía contra la arbitrariedad judicial, sancionada con la nulidad, en su caso de revisión por inconstitucionalidad. El Acuerdo y Sentencia recurrido, realiza una fundamentación aparente, se crea la apariencia de fundamentar la sentencia, sin embargo la misma solo contiene simple transcripciones de las manifestaciones esgrimidas por las partes; tanto en la presentación de la demanda como en la contestación, realizando una dialéctica insustancial, puesto que no existe una fundamentación jurídica ni lógica.

Refuta, respecto al criterio jurídico que sobre este caso particular, que manifestó el Miembro Preopinante del Tribunal de Cuentas, en los términos que: Para que la Administración Pública se haya expedido en los términos de la Resolución N°1778 de fecha 23 de mayo de 2.012, POR LA CUAL SE DENIEGA EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PLANTEADO POR EL SEÑOR VICTOR HUGO AMARILLA CIBILS CONTRA LA EQUIPARACIÓN PRACTICADA EN CUMPLIMIENTO DE LA Ley N°4493/11”, SE VALORO LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL RECURRENTE COMO SER LOS SIGUIENTES ELEMENTOS: Jerarquía, Categoría Actual, años de servicios, Porcentajes del Retiro, Asignación Otorgada y por último la asignación otorgada en la actualidad (LEY N°4493/2011), es por ello que en la equiparación realizada en el mes de febrero/12, se le otorgó la asignación que le corresponde a lo establecido por la Ley 4493/11, o mejor dicho su equiparación fue otorgada de acuerdo al nivel más alto de la jerarquía de CORONEL Art. 123, correspondiente a 30 años 01 mes de servicios y que equivale a Guaraníes 5.954.000. Reitera no olvidar que en nuestro sistema jurídico administrativo, impera la aplicación del Principio del Derecho Administrativo, de que todo lo que no se encuentra taxativamente permitido en las normas jurídicas, está plenamente prohibida su aplicación, como contrario al derecho común.

Por tanto, en base a las argumentaciones expuestas, resulta con meridiana claridad que la presente demanda, no puede prosperar debido a que

la administración, ha obrado conforme a estricto derecho, en el sentido de otorgarle al Sr. VICTOR HUGO AMARILLA CIBILS el 100% de su haber jubilatorio, conforme a los años de servicios prestados al Estado, y que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, debe dictar sentencia Revocando el Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre del 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, confirmar la Resolución DGJP N°1778 de fecha 23 de mayo de 2012, en todos sus términos (in extenso a fjs. 130/133).

CONTESTA EL TRASLADO, la parte Actora VICTOR HUGO AMARILLA CIBILS, bajo patrocinio de Abogado Corazón Villalba, y responde los agravios expuestos por la adversa, en los siguientes términos: En relación a que el Acuerdo y Sentencia N° 211/2011 recurrido, carece de fundamentación legal y no se hallaba motivado, y que deben cumplir inexorablemente el Art. 15 Inc. C) del C.P.C.; refuta alegando que el Inferior al dictar la resolución apelada, lo ha fundado legalmente, tal como lo establece tanto el Art. 256 de la Constitución Nacional, como al Art. 15 del C.P.C., es decir, que fundaron de conformidad con lo dispuesto en las normas citadas, como en la Ley N° 4670 de fecha 20 de julio de 2012, además, la sentencia es producto de las constancias y probanzas de autos. De ésta manera, queda demostrado que el Inferior, ha fundado constitucional y legalmente su resolución, en cumplimiento a cabalidad con los principios de congruencia, verificabilidad y racionalidad.

En otro aspecto, con relación a lo manifestado por la parte demandada, que en la resolución DGJP N°1778/12, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, se valoró los antecedentes inmediatos del recurrente; que la demanda no debe prosperar debido a que la Administración obró conforme a derecho y de otorgarle el 100% de su haber jubilatorio al Sr. Victo Hugo Amarilla, conforme a los años de servicios prestados al Estado y que debe ser revocada la sentencia dictada por el Inferior; refuta la actora con el responde en que ha ejercido dicho derecho y obligaciones en forma efectiva mientras estaba de Servicio Activo, como consta en la copia del Decreto N° 15996/1980 dictado por el Poder Ejecutivo, que obra a fjs, 9 de autos, que se debe tener en cuenta, puesto que ninguna Ley, ya sea ordinaria o especial, puede derogar o dejar sin efecto lo que la Constitución Nacional establece en el Art.14, y consecuencia la Art. 2 del C.P.C., por cual sin lugar a equívocos, ya ha pasado a la categoría de Derecho Adquirido, como un acto constitucional y legal consumado a favor



del sujeto a quien beneficia y que en este caso concreto es” a favor de la parte Actora. Aclaró que, estando aún en Servicio Activo y estando percibiendo el Sueldo de Contralmirante, y cumpliendo con su obligación a lo que percibía, aportaba de dicho sueldo al Fisco el porcentaje que corresponde a dicho Grado, el 16%, en cumplimiento de una ley que establecía dicha normativa.

Demás está decir, que como aportaba al Fisco mensualmente como Contralmirante en Servicio Activo y que al pasar a Inactividad debe percibir como Haber de Retiro, el que corresponde a un Contralmirante, porque los aportes realizados por su parte, a la Caja Fiscal ya pasaron a integrar definitivamente su patrimonio personal y privado e invoca los Arts. 1 y 109 de la Constitución Nacional, que garantiza el estado social de derecho y la propiedad privada, que es inviolable.

Sostiene que, la Abogada Fiscal del Ministerio de hacienda, no está informada, de que el Actor y otros demandantes (y no demandantes) sobre esta misma pretensión, ya están percibiendo sus respectivos Haberes de Retiro con Sueldo asignado a un Contralmirante en Servicio Activo, de conformidad a lo que disponen las Leyes y Resoluciones tales como: Ley N°4670/2012, que modifica la Ley N° 4493/11, Resolución DGJP N°-B N° 1277 de fecha 21 de junio de 2013, donde el accionante FIGURA: orden 702-CIP N° 234.649- Amarilla Cibils, Víctor Hugo- Jerarquía Coronel- asignación Gs. 7.627.800, sueldo que corresponde y percibe un Contralmirante en Servicio Activo; Ley N° 4848/13, que aprueba el Presupuesto Gral. de la Nación para el Ejercicio 2013, donde figura desde el mes de julio de ese año 20013 como Orden N° 544- N° de Benef. 271.543- N° Cédula 234.694- Apellido y Nombre AMARILLA CIBILS, VICTO HUGO, Asignación Gs. 7.627.800. sueldo que corresponde a Contralmirante en Servicio Activo; Ley N° 5142/2014 que Aprueba el Presupuesto Gral. de la Nación, para el Año Fiscal 2014, donde figura en forma igual con el haber de Retiro de Gs. 7.627.800, sueldo de Contralmirante en Actividad; Boletas de Pago del Ministerio de Hacienda, Caja Fiscal de Jubilaciones y Pensiones, con el N° de Beneficiario 271.543 del mes de agosto de 2013 y del mes de julio de 2014, ambas con el N° Beneficiario 271.543: Que ofrece y acompaña como pruebas de todas estas instrumentales. Agrega, que el Ministerio de Hacienda, lo cumple mes a mes de cada año, por lo tanto, el Inferior dictó su resolución, basado en el análisis de las mismas constancias y probanzas de autos, y especialmente en cumplimiento por lo establecido en la Ley N°4670 de fecha 20 de junio de 2012, Ley consecuente con la Constitución Nacional y las

Leyes, por lo que incuestionablemente esta Resolución reúne los requisitos de validez y eficacia que todo acto debe reunir. Que, la parte recurrente interpuso su recurso de nulidad y en cambio, el mismo Ministerio de Hacienda comenzó a dar cumplimiento a lo demandado por la parte Actora, desde el mes de julio de 2013, dos meses y 15 días antes de la presentación de sus citados recursos. Por tanto, en mérito de los sólidos argumentos esgrimidos, previo trámite de rigor; **DICTE RESOLUCIÓN CONFIRMANDO EN TODAS SUS PARTES** el Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre del 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. con costas.

**ANALISIS JURIDICO:** en atención a lo sostenido en forma continua por ésta Sala Penal, que se avoca al estudio del área contencioso administrativo, en atención a las ponencias de las partes, que manifiestan los agravios que le causan las resoluciones apeladas, y pasando a estudiar, si ¿Es Nula la sentencia Apelada o si esta dictada conforme a derecho?, hemos verificado que:

Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de Cuentas, la Resolución Apelada no se ajusta a derecho, asimismo no fue el resultado del cotejo de los documentos arrojados a estos autos, donde se constatan que el Cap. Nav. DEM Victor Hugo Amarilla Cibils, fue beneficiado ,en su momento con el dictamamiento del 1) Decreto N° 15.996 de fecha 31 de diciembre del año 1.992 por medio del cual se acuerdan los beneficios del-art. 123 de la ley N° 847 /1.980 a los oficiales, generales y superiores de la FF.AA. de la Nacion....artículo 1. B)....Capitan de Navio Victor H. Amarilla C.. Posteriormente por 2) DECRETO N° 15.928 de fecha 31 de diciembre del año 1.996 se acordó su retiro de las Fuerzas Armadas de la Nación, con la jerarquía y categoría, correspondiente a los años de servicios prestados al Estado Paraguayo. En CUMPLIMIENTO DE LA Ley N°4493/11, el Estado- le ha practicado la equiparación correspondiente y en consecuencia le ha sido otorgada una asignación actualizada. Como corolario, asiste razón a la administración cuando manifiesta que a los componentes de las Fuerzas Publicas que se encuentran en situación de retiro (como el caso de autos) le corresponde percibir sus haberes equiparados con el sueldo del que esta en actividad y en correspondencia al grado jerárquico que ostentaba en el momento del retiro ( en este caso Cap. Navío) y no otro. Por lo que las manifestaciones vertidas por el Actor y que guardan relación al hecho' que cobraba y aportaba (se le descontaba el 16 % del sueldo correspondiente) . en la jerarquía de Contraalmirante y no al de Capitán de Navío deben ser rechazadas, de

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

conformidad a las probanzas que obran en estos autos. Ya que a ojos vistas se puede notar que si bien por el Decreto N° 15.996 de fecha 31 de diciembre del año 1992 se acordó los beneficios del art. 123 de la ley N° 847/1980 al actor, no es menos cierto que dicho articulado dice: PODRAN PERCIBIR LOS HABERRES CORRESPONDIENTES AL GRADO INMEDIATO SUPERIOR, CONFORME LO DISPONGA EL TRIBUNAL DE CALIFICACION DE SERVICIOS, y no obra en autos disposición administrativa al respecto.

Sin embargo, si consta el DECRETO N° 15.928 de fecha 31 de diciembre del año 1.996 por el que se acordó su retiro de las Fuerzas Armadas de la Nación, con la jerarquía y categoría correspondiente a los años de servicios prestados al Estado Paraguayo, en CALIDAD DE CAPITÁN DE NAVIO que posteriormente fue motivo de actualización por parte de la administración con apego a las disposiciones legales que rigen la materia, en consecuencia, repito... que dichas manifestaciones de la actora no pueden tener una acogida favorable en esta instancia, y deben ser rechazadas.

Finalmente y basados en el “Principio de Legalidad, Legitimidad” consagrados en los artículos N° 9 y 257 de la Constitución Nacional, no se reflejan motivos valederos para mantener incólume el Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre del 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y por todo lo expuesto, corresponde HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuestos por la Parte Demandada, representada por la Abogada Fiscal del Ministerio de Hacienda GRACIELA BOGARIN MOREL y en consecuencia REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre del 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. Corresponde la imposición de las costas a la parte perdidosa. ES MI VOTO.

A sus turnos, los MINISTROS Dres. PUCHETA DE CORREA y BENITEZ RIERA manifestaron que se adhieren al voto que antecede, por 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:

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

## JURISPRUDENCIA

1. DESESTIMAR el recurso de nulidad.

2. HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuestos por la Parte Demandada, representada por la Abogada Fiscal del Ministerio de Hacienda GRACIELA BOGARÍN MOREL y, en consecuencia, REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 211 con fecha 26 de noviembre de 2011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, de conformidad al exordio de la presente resolución.

3. IMPONER las costas a la perdidosa.

4. ANOTAR, registrar y notificar.

Minsitros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta de Correa, Blanco.

Ante mi: Norma Dominguez, Actuaria.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 92

***Cuestión debatida:** Se analiza en la Sala Penal vía Apelación, el Acuerdo y Sentencia emanado del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, el cual Confirma la legalidad del Decreto del Poder Ejecutivo.*

#### **POLICÍA NACIONAL. Baja policial. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

En autos se justifica la sanción de dar de baja al funcionario policial, de donde resulta que el Decreto N° 8.474, dictado por el Poder Ejecutivo se ajusta a nuestra Carta Magna, al no haber sido transgredida la legalidad, la legítima defensa y la presunción de inocencia, ajustándose el mismo a la Ley N° 222 “Orgánica Policial”.

#### **POLICÍA NACIONAL. Baja policial. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

Se ha demostrado en autos que no existe justificación valedera por parte del actor, siendo correctamente sancionado por abandono sin justificación de su lugar de trabajo como consta en el sumario administrativo, no habiendo otra opción que aplicar el reglamento disciplinario previsto en el art. 15 numerales 1 y 6, al haber dejado de trabajar por más de diez días corridos sin justificar, no contando con algún permiso o autorización de un

funcionario superior, siendo que los recibos médicos arrimados una vez realizado el sumario administrativo, no contaban con la debida certificación de firmas que acrediten su legalidad.

**C.S.J. Sala Penal. 26/02/2015. “Eduardo Ignacio Arza Aquino c/ Decreto N° 8.474, de fecha 27 de febrero de 2012, dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 92).**

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los cuatro días del mes de Abril del año dos mil quince, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, los Dres. LUIS MARIA BENITEZ RIERA, ALICIA PUCHETA DE CORREA Y SINDULFO BLANCO, por ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente: “EDUARDO IGNACIO ARZA AQUINO C/DECRETO N° 8.474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2.012, DICTADO POR EL PODER EJECUTIVO”, a fin de resolver los Recursos de Apelación y Nulidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 141, de fecha 16 de setiembre del año 2.013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala.

**CUESTIONES**

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BENITEZ RIERA, PUCHETA DE CORREA Y BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: el Abogado Angel María Gómez Samaniego, no ha fundado específica y concretamente el Recurso de Nulidad planteado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia tener por desistido este Recurso. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 141, de fecha 16 de setiembre del año 2.013, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resuelve: “1.-) NO

HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa promovida por el Sr. EDUARDO IGNACIO ARZA AQUINO en los autos caratulados por “EDUARDO IGNACIO ARZA AQUINO C/DECRETO N°.8.474 DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2.012, DICTADO POR EL PODER EJECUTIVO y, en consecuencia 2.-) CONFIRMAR el Decreto N°.8.474 de fecha 27 de febrero de 2.012, dictado por el Poder Ejecutivo, de conformidad a los fundamentos desarrollados en el presente acuerdo. 3.-) IMPONER las costas a la parte perdedora. 4.-) NOTIFICAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.” (fs. 154/159).

Que el recurrente se agravió en contra de la Sentencia impugnada, señalando que el Tribunal ha dictado un fallo que no se ajusta a las normas consagradas en la Carta Magna, por cuando se han quebrantado reglas constitucionales, conforme a jerarquía, siendo en ese marco importante señalar que los entes autónomos deben adecuar sus actos a la legalidad en el marco de los derechos establecidos por la Constitución con carácter general, pues se tratan de derechos anteriores y preexistentes al propio estado, tales como el principio de libertad, el derecho a la defensa, al debido proceso y ser juzgado por jueces competentes e imparciales. Manifestó que atendiendo a las constancias de autos, el juez instructor y el fiscal asignado por Providencia N°.334 de fecha 31 de mayo de 2.011, tenía relación de dependencia con el superior jerárquico que ordeno el sumario administrativo al cual fue sometido el Oficial 2º Eduardo Ignacio Arza Aquino. Acoto que Tribunal no ha estimado que el sumario no se hallaba dotado de lo fundamental de falta de competencia e independencia, y por ende de imparcialidad previstos en los art.16 y 17 de la Constitución Nacional. Resaltó que al ad quem no ha considerado que su representante fue médico, Jefe del Servicio de Anestesia del Policlínico Policial con una antigüedad de 15 años, desarrollando una actividad que no es orden personal policial. Siguió diciendo el recurrente que conforme a las declaraciones de los testigos, a los documentos obrantes en autos, se demuestra en forma fehaciente el conocimiento de su superior de la justificación de su inasistencia a su lugar de trabajo. Arguyó que el fallo recurrido no se ajusta a derecho, en razón de que no se halla fundamentado en la Constitución Nacional, por lo que resulta arbitraria e ilegal la aplicación de la sanción al Oficial 2º Eduardo Arza Aquino. Concluyó solicitando la revocación del Acuerdo y Sentencia N°.141.

Que pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, observo que el Abogado Angel María Gómez Samaniego en nombre y representación

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

del Sr. Eduardo Ignacio Arza Aquino, promovió demanda contencioso administrativa contra el Decreto N°.8.474 de fecha 27 de febrero de 2.012, dictado por el Poder Ejecutivo. Dicho Decreto dispuso dar de baja por graves faltas cometidas entre otros al señor Eduardo Ignacio Arza Aquino, Oficial de la Policía Nacional en aplicación de la sanción disciplinaria prevista en el art.134 ítem 3 de la Ley 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”. A su vez el Tribunal de Cuentas no hizo lugar a la demanda, señalando que el demandante no ha logrado modificar las reprensiones que se hicieron en su contra, constando ello en los antecedentes administrativos que se arrimaron a dicho Tribunal, y que por lo demostrado en autos se justifica la sanción de dar de baja al funcionario policial, de donde resulta que el Decreto N°.8.474, dictado por el Poder Ejecutivo se ajusta a nuestra Carta Magna, al no haber sido transgredida la legalidad, la legítima defensa y la presunción de inocencia, ajustándose el mismo a la Ley N°.222 “Orgánica Policial”. Acotaron que se ha demostrado en autos que no existe justificación valedera por parte del actor, siendo correctamente sancionado por abandono sin justificación de su lugar de trabajo como consta en el sumario administrativo, no habiendo otra opción que aplicar el reglamento disciplinario previsto en el art.15 numerales 1 y 6, al haber dejado de trabajar por más de diez días corridos sin justificar, no contando con algún permiso o autorización de un funcionario superior, siendo que los recibos médicos arrimados una vez realizado el sumario administrativo, no contaban con la debida certificación de firmas que acrediten su legalidad.

Que adentrándome a examinar el fondo de la cuestión planteada, visualizo que por Nota del 27 de abril de 2.011, el Comisario General Director (R) Celestino R. Sanchez Bareiro solicitó al entonces Comandante de la Policía Nacional Comisario General José Visitación Giménez Dure (fs.43) la instrucción de un Sumario Administrativo al Oficial 2º Sanidad Eduardo Ignacio Arza Aquino por no presentarse en su lugar de trabajo desde el 03 de agosto de 2.010. Por Dictamen D.J. N°.1.062 de fecha 06 de mayo de 2.011 (fs.42) el Jefe del Departamento Jurídico Comisario General José Garcete Garcete, aconsejó que corresponde la apertura de un Sumario Administrativo al Oficial 2º Eduardo Ignacio Arza Aquino para deslindar responsabilidades emergentes. Por Providencia N°.334 del 31 de mayo de 2.011 (fs.40), el Comisario General Inspector de la Dirección de Justicia Policial dispuso la Instrucción de Sumario Administrativo al actor Eduardo Ignacio Arza Aquino. Asimismo asignó a la Fiscalía de Sumarios N° 3 para intervenir en

el presente sumario, y como Juez Instructor al Juzgado de Sumarios del Primer Turno.

Que examinando los antecedentes administrativos agregados a esta causa, advierto que el administrado Eduardo Ignacio Arza Aquino, tuvo activa participación a lo largo del sumario prestando declaración indagatoria con todos los recaudos legales exigidos ante el Juez Instructor (fs.56/59), designado en ese mismo acto abogado defensor, cumpliéndose de esta manera a mi parecer los recaudos exigidos por el art.17 de la Constitución Nacional sobre las garantías que los procesados y/o sumariados deben tener en este tipo de procesos.

Que en ese orden de cosas, advierto que la planilla de control de asistencia del demandante Eduardo Ignacio Arza Aquino, es muy ilustrativa sobre los más de diez días que el mismo dejó de asistir injustificadamente a su lugar de trabajo (fs.45), abandono corroborado por las declaraciones testificales realizadas a lo largo del sumario (fs.64/65/74/75), cuyo tenor confirma que sus ausencias fueron sin justificación, amén de no contar con permiso de sus superiores.

Que auscultando los estudios y recibos médicos adosados al presente sumario, pretendiendo con ellos el administrado justificar una supuesta enfermedad que le aquejaba al efecto de exculpar su conducta, se puede advertir que las firmas obrantes en ellos no están debidamente autenticadas con certificación de firma, careciendo por ello de validez legal para influir en la suerte de esta causa. Además, resulta inexplicable que el accionante Eduardo Ignacio Arza Aquino en el caso de que la enfermedad que resulta de estos documentos fuera cierta, no adujera esta circunstancia para pedir permiso a sus superiores por las vías correspondientes, por lo que debe cargar con las consecuencias de su negligente proceder.

Que conforme ha quedado acreditado en los párrafos precedentes, estando probado que la conducta del sumariado Eduardo Ignacio Arza Aquino está tipificada dentro de las previsiones del art.15, numerales 1 y 6 del Reglamento Disciplinario Institucional, la concomitante sanción de baja que le fuera aplicada en virtud de lo establecida en el art.134, ítem 3 de la Ley 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”, en concordancia con el art.16 inc. “c”, del Reglamento Disciplinario, es proporcional a la gravedad de la falta cometida, por lo que la legalidad del Decreto N°.8.474, dictado por el Poder Ejecutivo, que la dispuso, resulta incuestionable y está fuera de toda duda.



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Que ante la contundencia de los elementos probatorios descriptos en los párrafos anteriores, no me resta otra opción que confirmar in totum el Acuerdo y Sentencia N°.141 de fecha 16 de setiembre de 2.013, dictado por el Tribunal de Cuentas 1ª Sala. Como lógica consecuencia, debe ratificarse la vigencia del Decreto N°. 8.474 de fecha 27 de febrero de 2.012, dictado por el Presidente de la República. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la parte perdedora en virtud del principio contenido en el art.192 del C.P.C. ES MI VOTO.

Que a su turno, los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los 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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

1. TENER por desistido el Recurso de Nulidad.

2.- CONFIRMAR in totum el Acuerdo y Sentencia N°.141 de fecha 16 de setiembre de 2.013, emitido por Tribunal de Cuentas 1ª Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución, y EN CONSECUENCIA RATIFICAR LA VIGENCIA del Decreto N°.8.474 del 27 de febrero de 2.012, dictado por el Presidente de la República.

IMPONER, las costas en ambas instancias a la perdedora, la parte actora.

ANOTAR, y notificar.

Ministros Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta De Correa y Sindulfo Blanco.

Ante Mí: Secretaria Norma Dominguez V.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 152

***Cuestión debatida:** Se estudia en grado de apelación la resolución recaída en el Tribunal de Cuentas Segunda Sala, que ha hecho lugar a la excepción de Prescripción opuesta por el Representante de la Procuraduría General de la Republica, consecuentemente ha ordenado el finiquito y archi-vamiento del presente juicio.*

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PRESCRIPCIÓN.**

Analizando las disposiciones legales aplicables al. Caso, debemos en primer lugar señalar lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 1462/35: “El recurso de lo contencioso administrativo se interpondrá en el término de cinco días.” Por su parte, el artículo 634 del Código Civil reza: “Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constitutivo sólo existan por tiempo determinado, o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho.”

Vemos entonces que nos encontramos, indudablemente, ante un caso de caducidad del derecho de accionar, en la que su pertinencia se halla sujeta a determinada temporalidad, que una vez transcurrida hace caducar dicho derecho, pudiendo ser atacada por la vía de la Excepción de prescripción. Y así paso, correctamente en estos autos.

Así las cosas, de las probanzas emergen que el actor ha tenido oportunidad para la impugnación del acto administrativo en cuestión – Por Decreto N° 26.913 de fecha 04 de febrero de 1963, siendo incomprensible que la misma se haya dado recién en fecha 17 de febrero del 2010, es decir, transcurridos 47 años. Avalar tal pretensión por parte de este Máximo Tribunal equipararía a la perpetuación indiscriminada de los procesos, como consecuencia del renacimiento de plazos ya prescriptos para el ejercicio de la acción, atentando contra el principio de seguridad y certeza jurídica.

**C.S.J. Sala Penal. 17/03/2015. “José Onofre Rojas Britez c/ Decreto N° 26.923 de fecha 4 de febrero de 1943 dictado por el Poder Ejecutivo y el Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución N° 166 de fecha 16 de noviembre del 2009 emanada del Comando en**

**Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación representada por Fernando Armindo Lugo Méndez y la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales” (Ac. y Sent. N° 152).**

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

**CUESTIONES:**

Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA y BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el Señor Ministro BLANCO dijo: El recurrente ha fundamentado el Recurso de Nulidad atendiendo a que la resolución impugnada viola las formas que prescriben las leyes, al no tener en cuenta el cúmulo de pruebas aportado por su parte. Analizados los fundamentos del Recurso de Nulidad, vemos que los agravios invocados son de aquellos que pueden ser reparados en el estudio del Recurso de Apelación, y así también, en la resolución impugnada no se observan vicios, ni defectos, que ameriten la declaración de nulidad de oficio, conforme disponen los arts. 113 y 403 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia, desestimar dicho recurso. **ES MI VOTO.**

A SUS TURNOS, los Señores Ministros PUCHETA DE CORREA y BENITEZ RIERA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede, por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el Señor Ministro BLANCO prosiguió diciendo: El Tribunal de Cuentas 2° Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 266 de fecha 16 de julio de 2013, resolvió: “1.- HACER LUGAR A LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN deducida en estos autos por la parte demandada, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; 2.- ORDENAR EL FINIQUITO del presente juicio y el ARCHIVAMIENTO posterior.3.- IMPONER las costas a la parte perdedora.”4. ANOTAR...

**ARGUMENTOS DE LAS PARTES INTERVINIENTES:**

1. APELANTE —parte actora-: Se agravia en contra de la precitada resolución, por los mismos argumentos expuestos como fundamento del Recurso de Nulidad, es decir, por violación de las formas que prescriben las leyes, al no tener en cuenta el cúmulo de pruebas aportado por su parte, y

debido a la confusión del Tribunal de Cuentas que toma como base de partida el Decreto N° 26.923 del año 1.963, cuando que si bien es cierto se ha atacado dicho decreto, no es menos cierto que la acción va instaurada contra las resoluciones emanadas de los años 2.009 y 2.010 , ya señaladas, que son la reconsideración opuesta por mi parte en fecha 20-01-2.010 contra la resolución N° 166 del 16 de noviembre del 2.009, notificada el 5 de enero o en más o menos del año 2.010 y la demanda es opuesta el 17 de febrero del 2.010, cuando la vía quedo expedita. Pide en consecuencia, la revocatoria del Acuerdo y Sentencia apelado, por corresponder en estricto derecho.

2. PARTE DEMANDADA —PODER EJECUTIVO (Representado por la Procuraduría General de la República)-: Alega en la contestación de los agravios que la prescripción de “la acción contenciosa administrativa, posterior al dictamiento del Decreto 26.923 del 4-02-1963. La pretensión esgrimida por el actor fue comunicada extemporáneamente por lo que prescribió, al producirse la notificación judicial de la demanda, conforme lo establece el artículo 647 inciso a del Código Civil, fuera del plazo legal idóneo para interrumpir la prescripción. RESPECTO AL DECRETO DICTADO en el año 1.963 se ha podido determinar que el derecho de reclamo que tenia conferido el hoy recurrente le ha prescripto en los términos del ARTICULO 5 de la ley 1.462/35 hace mas de 47 años atrás, inclusive por lo que el Acuerdo y Sentencia 266/13 se halla plenamente ajustado a derecho, debiéndose rechazar el recurso de apelación y nulidad 'interpuesto por la adversa, con expresa condenación en costas. RESPECTO A LA RESOLUCION 166/09 Dictada por las Fuerzas Armadas de la Nación , la interposición errónea del recurso no previsto en el derecho positivo no puede servir de acto interruptivo de la prescripción, precisamente porque luego de la Resolución 166 no existía vía recursiva oponible, en virtud de la competencia propia de la Junta de Calificaciones de Servicios la cual se establece taxativamente en el artículo 84 de la ley 1.115/97, amén de la avivada de promover la resurrección del recurso contencioso administrativo que nunca el recurrente opuso contra el DECRETO 26.923/63, el cual se encuentra hace más de 47 años ejecutoriado. LA PRESCRIPCION DETERMINADA POR EL DERECHO DE FONDO: en virtud del derecho de fondo que el artículo 659 inciso e determina que todas las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la ley prescriben a los diez años. También hartamente le había prescripto hace más de 37 años atrás. Por último, no es posible por medio de peticiones administrativas notoriamente extemporáneas, retrotraer la

discusión de un pronunciamiento pasado a cosa juzgada administrativa, amparado incluso por la falta de reclamo en los plazos prescripcionales contenidos en la ley de fondo. El Acuerdo y Sentencia recurrido debe ser confirmado y el recurso de apelación y nulidad interpuesto debe ser rechazado.

**ANALISIS JURIDICO:** Antes de entrar al análisis propio de la cuestión de fondo, y a los efectos de proseguir un orden sistemático y analítico, corresponde hacer una revisión de los antecedentes del caso puesto a consideración.

1. Por Decreto N° 26.913 de fecha 04 de febrero de 1963 se resolvió: “Art. 1 – Acuerdase el retiro temporal del Ejército Nacional, conforme a lo resuelto por el Tribunal de Calificaciones de Servicios Militares de los días 26 y 27 de diciembre de 1962.

2. Por nota del 21 de octubre del 2.008, El Cuartel General, informa sobre el legajo del actor, Tte. 1° de Infantería (SR) JOSE ONOFRE ROJAS BRITZ.

3. Posteriormente, por nota el actor solicita sean dejados sin efectos los, citados actos administrativos que afectan al recurrente, con la consecuencia de que, se lo reintegre al servicio activo, entre otros.

4. Por Resolución N° 166 de fecha 16 de noviembre del 2009 emanada del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, representada, por Fernando Armindo Lugo Mendez y la Junta de Calificaciones de servicios de oficiales- ordinario se ha decidido no hacer lugar a lo solicitado Por el recurrente, Tte. 1° de Int SR. JOSE ONOFRE ROJAS BRITZ por estricta aplicación' de la legislación vigente en la materia.

Analizando las disposiciones legales aplicables al. Caso, debemos en primer lugar señalar lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 1462/35: “El recurso de lo contencioso administrativo se interpondrá en el término de cinco días.” Por su parte, el artículo 634 del Código Civil reza: “Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constitutivo sólo existan por tiempo determinado, o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho.”

Vemos entonces que nos encontramos, indudablemente, ante un caso de caducidad del derecho de accionar, en la que su pertinencia se halla sujeta a determinada temporalidad, que una vez transcurrida hace caducar dicho derecho, pudiendo ser atacada por la vía de la Excepción de prescripción. Y así paso, correctamente en estos autos.

Así las cosas, de las probanzas emergen que el actor ha tenido oportunidad para la impugnación del acto administrativo en cuestión – Por Decreto N° 26.913 de fecha 04 de febrero de 1963, siendo incomprensible que la misma se haya dado recién en fecha 17 de febrero del 2010, es decir, transcurridos 47 años. Avalar tal pretensión por parte de este Máximo Tribunal equipararía a la perpetuación indiscriminada de los procesos, como consecuencia del renacimiento de plazos ya prescriptos para el ejercicio de la acción, atentando contra el principio de seguridad y certeza jurídica.

Por último, en respuesta al impedimento alegado por el apelante, para la promoción de la acción, que si bien es cierto no habría tenido oportunidad para ejercerla durante la dictadura, ello no obstaba su ejercicio a partir del año 1.989, y no después de tanto tiempo, siendo esto último innegable, otorgando así al acto administrativo firmeza, irreversibilidad y consentimiento por parte del actor de esta demanda, y apelante, resultando por ende ajustada a Derecho la resolución impugnada.

Por tanto, y de conformidad con los fundamentos antedichos, esta Alta Magistratura es de criterio que corresponde confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 266 del 16 de julio de 2.013, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, con costas, atendiendo al principio general consagrado en el Artículo 192 del Código Procesal Civil, en concordancia con el Artículo 203, inc. a) del referido cuerpo legal. ES MI VOTO.

A SU TURNO LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: Me adhiero al voto del Ministro Sindulfo Blanco por los mismos fundamentos. Esta Alta Magistratura se ha expedido en el mismo sentido en los siguientes fallos que traigo a colación: “Acuerdo y Sentencia N° 204 de fecha 23 de abril de 2013, Acuerdo y Sentencia N° 286 de fecha 2 de junio del 2011, Excelentísima Corte Suprema de Justicia. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MINISTRO LUIS MARIA BENITEZ RIERA, DIJO: me adhiero al voto del Ministro preopinante, por sus mismos fundamentos.

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

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

SALA PENAL

RESUELVE:

1. DESESTIMAR el Recurso de nulidad.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2. CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 266 del 16 de julio del 2013 dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por los fundamentos esgrimidos en el exordio de la presente resolución.

3. ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa y Luis Maria Benitez Riera

Ante mi: Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 318

***Cuestión debatida:*** *En el presente caso analizado por la Sala Penal, se deberá primeramente determinar sobre la validez o invalidez del sumario instruido a la actora del presente juicio, y luego analizar la cuestión de fondo y establecer si decisión adoptada por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala se halla ajustada o no a derecho.*

### **PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Requisitos de aplicación.**

En el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo que se llama el principio de especialidad (norma especial prima sobre norma general). La antinomia se da cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento legal vigente atribuyen al mismo caso en estudio soluciones incompatibles entre sí, dando lugar a que la aplicación simultánea de las normas en cuestión produzca resultados incompatibles y hasta imposibles. De ahí que se haga necesario optar entre una y otra. Para resolver la antinomia contamos con el Principio de Especialidad. Este principio supone que la norma especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*). El Principio requiere: a) que la materia regulada sea la misma y b) que la norma especial contenga además de todos los elementos de la norma general.

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Antinomia. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. LEY N° 1626/00 LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.**

En el caso que nos ocupa, tenemos un caso de antinomia (Ley 222 Orgánica de la Policía Nacional y la Ley 1626/00 “De la Función Pública”), por lo que, al ser la Ley 222 de carácter especial, la misma prevalece sobre la Ley 1626/00. Siendo así, debemos remitirnos a lo que establece el artículo 187 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional que establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, será de aplicación a los actos administrativos y resoluciones de la Policía Nacional las disposiciones de la Ley del Estatuto del Funcionario Público y contra aquellas se podrá interponer la acción contenciosa administrativa ante el Tribunal de Cuentas.

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUMARIO ADMINISTRATIVO. Requisitos de validez. Caducidad de la instancia.**

Teniendo en cuenta el marco legal transcripto, las consideraciones realizadas precedentemente, y en diversos fallos se ha establecido un criterio uniforme sustentado por esta Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, según Acuerdo y Sentencia N° 676 de fecha 26 de julio de 2013 y el Acuerdo y Sentencia N° 1.120 de fecha 5 de noviembre de 2014 en los casos utilización de la Ley N° 1626/00 para establecer el plazo de caducidad de los sumarios administrativos de la Policía Nacional y las instrumentales mencionadas, concluyo que la Resolución N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005, fue emitida de manera irregular, cuando ya había caducado el plazo legal extintivo que se tenía para su emisión y basado en un sumario administrativo llevado a cabo fuera del plazo legal establecido para ello, todo lo cual acarrea ineludiblemente la abrogación tanto de la Resolución N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005 impugnada en autos, como el Decreto N° 11.045 de fecha 5 de octubre de 2007, en lo que respecta a la actora. Esta abrogación trae aparejada como lógica consecuencia la revocación in totum del Acuerdo y Sentencia N° 657 de fecha 22 de octubre de 2012, debiendo reintegrarse la actora a continuar sus estudios en el Colegio de Policía en el curso correspondiente.



**C.S.J. Sala Penal 12/05/2015. “Rosa Delicia González c/ Res. N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005 dictada por el Comandante de la Policía Nacional” (Ac. y Sent. N° 318).**

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

**C U E S T I O N E S:**

1ª: ¿Es nula la sentencia apelada?

2ª: En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BENITEZ RIERA y BLANCO

A la primera cuestión planteada la Doctora PUCHETA DE CORREA dijo: De la lectura del escrito de expresión de agravios se observa que el recurrente desiste expresamente del Recurso de Nulidad. Por lo demás, como no se observan en el fallo recurrido vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar este recurso.

A sus turnos, los Doctores BENITEZ RIERA y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Doctora PUCHETA DE CORREA prosiguió diciendo: el Acuerdo y Sentencia recurrido resolvió: “1.-) NO HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, instaurada en estos autos, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; 2-) CONFIRMAR, Resolución N° 747 de fecha 11 de octubre del año 2.005, dictada por la Comandancia de la Policía Nacional y el Decreto N° 11.045 de fecha 05 de octubre del año 2.007, en lo que respecta a la accionante. 3.) IMPONER LAS COSTAS, a la parte vencida.- 4.-) ANOTAR...”.

Contra el fallo del Tribunal se agravia la parte actora, el Abogado Esteban Espinoza Fernández en representación de la Señora Rosa Delicia González en su parte pertinente dice: “.....Los agravios de mi parte contra la resolución apelada se concretan en los siguientes puntos: a) La falta de consideración de cuestiones formales que hacen a la sustanciación del sumario administrativo a fin de establecer su validez o invalidez y b) Error de interpretación y aplicación de disposiciones legales que hacen a la legalidad del sumario y por consiguiente, de las resoluciones viciadas de nulidad por

incompetencia de la justicia policial en razón del tiempo. Sustanciación del Sumario Administrativo: En este sentido se tiene que el sumario administrativo se inició ante la supuesta comisión de faltas a los Deberes y Obligaciones establecidos en la Ley N° 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional” y del Reglamento Disciplinario. De los antecedentes administrativos remitidos a la vista de estos autos, se tiene que por Resolución N° 255 de fecha 23 de marzo de 2005 (fs 27), dictada por la Dirección de Justicia Policial, se instruye sumario administrativo a la cadete del 2° Curso ROSA DELICIA GONZALEZ, en averiguación y esclarecimiento del hecho informado, se nombra como Juez Sumariante a la Sub Oficial Insp. O.S Abog. LUCIA LISERAS DE CABALLERO, y se diò intervención a la Fiscalía General de Juzgados de Instrucción...” terminado dicho sumario con las sanciones ut supra transcripta en párrafo pertinente. En efecto, el Juzgado del Primer Turno, por providencia de fecha 28 de marzo 2005 (fs 28) imprime tramite al sumario administrativo y dispone la notificación al Fiscal General de Juzgados de Instrucción, quien se diò por notificado en fecha 29 de marzo de 2005 (fs. 29). Si bien es cierto que el Art 64 de la Ley Nro 222/93, Orgánica de la Policía Nacional, determina la competencia de la Justicia policial la misión de administrar justicia de los delitos y faltas policiales, es más cierto aún que los Jueces no pueden actuar discrecionalmente en la sustanciación del sumario administrativo ya que para ello debe ceñirse a normas rituales para garantizar la validez del proceso sumarial. En este delineamiento en el procedimiento debe aplicase las reglamentaciones dictadas en el ámbito policial o en su defecto debe someterse a las disposiciones supletorias para dar ropaje del debido proceso al sumario administrativo. De las constancias obrantes a fs 21/75, se colige la “VIOLACION DE LA LEY” de rango constitucional en la sustanciòn del sumario administrativo, debido a que el procedimiento seguido en este caso, no se compadece con ninguna de las formas legales que rigen los procesos sumariales, desde el momento de que el Juzgado ha seguido el trámite inquisitorial carece de legalidad sustancial al tiempo de la iniciación de este sumario, más aún resulta inaplicable en proceso de esta naturaleza en donde debe imperar el principio de bilateralidad o a lo extremo el sistema acusatorio para evitar las violaciones cardenales de la legalidad formal, en especial, la imparcialidad ya que un juicio que está bajo la sospecha de parcialidad, pierde toda legitimidad como ocurre en este caso, ya que en la forma como se ha sustanciado el sumario el órgano Juzgador se ha convertido en “juez y parte al mismo tiempo, cual de por si

invalida la sustanciación del sumario y conlleva inexorablemente a la nulidad del mismo por carecer de legalidad formal....Error de interpretación y aplicación de disposiciones legales que hacen a la legalidad del sumario y por consiguiente, de las resoluciones viciadas de nulidad por incompetencia de la justicia policial en razón del tiempo: Antes de abordar el punto, conviene señalar a la Sala Penal de la Exma Corte Suprema de Justicia que el Tribunal de Cuentas Segunda Sala se ha limitado a analizar puntual y erróneamente el plazo de duración del sumario como la única causa de nulidad del sumario en abierta omisión de otros aspectos puntuales alegados como fundamentos de la pretensión y que hacen al “principio de legalidad” (Art 137 de la Constitución Nacional), .....En el fallo apelado, el Tribunal ha considerado la duración del sumario a fin de establecer si el mismo se halla o no ajustada a derecho. Para el efecto, analizó las disposiciones de la Ley 222 “Orgánica de la Policía Nacional” determinando en primer lugar que la misma ni el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional no establece plazo dentro del cual se tiene que resolver un sumario administrativo y por ende, la exclusión de la aplicación de la Ley Nro. 1626 de acuerdo a las previsiones del Art 2º inc. e) y por consiguiente, la tramitación del sumario conforme al Decreto Nro. 17781/02 que regula el procedimiento administrativo, para luego arribar a una burda conclusión de que el sumario fue resuelto dentro de un plazo “prudencial” a pesar de que el mismo se ha iniciado el 28 de marzo de 2005 (fs. 28) terminando con el Dictamen Nro. 44 de fecha 6 de octubre de 2005 (fs. 55/59)..... Resulta clara y contundente que en este caso no solamente se podía recurrir a las disposiciones de la Ley Nro. 1626 y su Decreto reglamentario sobre el punto específico para establecer la legalidad del proceso sumarial ya que el mismo se halla sustanciado indebidamente bajo la forma de un proceso penal, pero aún así, la investigación debe finalizar, con la mayor diligencia, dentro de los seis (6) meses de iniciado el procedimiento (Art 324 C.P.P) plazo ampliamente superado ya que el se había iniciado el 28 de marzo de 2005 (fs. 28) terminado con el Dictamen Nro. 44 de fecha 6 de octubre de 2005 (fs. 55/59)....En este sentido, resulta inadmisibles la conclusión del Tribunal, por no haber examinado la cuestión bajo las previsiones de las normas supletorias en el contexto del Art 836 del C.P.C para sujetar la duración del sumario a criterio meramente subjetivo.....”

A fs. 299/ 302 de autos se presenta el Abogado Roberto Moreno Rodríguez, Procurador General de la República, bajo patrocinio del Abogado Felipe Mercado, en nombre y representación de la Procuraduría General de la República a contestar traslado corrídole de la expresión de agravios en los siguientes términos: “...EFECTIVAMENTE la señorita Rosa Delicia González, en su momento Cadete del 2do Curso de la Academia Policial “Gral. Eduvigis Díaz” fue objeto de sumario sobre falta a los deberes y obligaciones policiales, al existir indicios (los cuales fueron debidamente probados) sobre la comisión del Art 15 num. 1 del Reglamento Disciplinario Policial y en el Art 54 num. 55 del Reglamento Interno del Colegio de Policía, que prohíbe taxativamente a las cadetes “estar embarazada o haberlo abortado”, por lo que consecuentemente, recibió la sanción administrativa correspondiente a la citada transgresión...NO CABE NINGUNA DUDA que conforme fue fundado el Acuerdo y Sentencia hoy recurrido, los actos administrativos recurridos por la señora Rosa Delicia González fueron confirmados....LA POLICIA NACIONAL como institución armada verticalista, se rige por sus propias normas administrativas, vigentes en el ordenamiento jurídico positivo vigente...AMEN DE LA INTENCION de llevar la atención de VV.EE ante la idea de observar el sumario de la justicia policial ante las reglas establecidas en el Art 836 del C.P.C

A fs. 305 obra el A.I. N° 2423 de fecha 31 de octubre de 2013 que resuelve dar por decaído el Derecho que ha dejado de utilizar el Abogado Antonio Ramírez Ramos para presentar su escrito de contestación del traslado que se le corriera por parte del Apelante.

Entrando a analizar la cuestión de fondo, es preciso determinar, como primer paso, la validez o invalidez del sumario instruido a la actora del presente juicio, la Señora Rosa Delicia González para luego establecer si la decisión adoptada por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala se halla ajustada a derecho.

Es así, que luego de un estudio minucioso de los antecedentes administrativos agregados, en lo que respecta al sumario administrativo instruido a la recurrente, se puede concluir con claridad que se han violado expresas normativas vigentes que legislan sobre el procedimiento sumarial en sede administrativa. Se constata que el sumario duró más de lo establecido para el efecto en la Ley 1626/00 “De la Función Pública”, cuyo artículo 76 dice: El sumario concluirá con la resolución definitiva dentro de los sesenta días hábiles de su inicio. Las excepciones y los incidentes presentados

durante el proceso sumarial, serán resueltos al momento de dictarse la resolución definitiva.” Aplicando este plazo al sumario instruido a la Señora Rosa Delicia González, tenemos que dicha investigación sumarial tuvo inicio según Resolución N° 255 de fecha el 23 de marzo de 2005 (fs 27) notificada en fecha 28 de marzo de 2005 (fs 28) culminando con el Dictamen Nro. 44 de fecha 6 de octubre de 2005 (fs 55/59), de la cual deriva la Resolución N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005, impugnada en autos, es decir con creces fuera del plazo establecido (60 días hábiles) en el artículo transcrito, el cual se cumplió en fecha 23 de setiembre de 2005, dado que no fue solicitado ningún plazo de prórroga. Siguiendo en esta misma tesitura, también el artículo 77 de la Ley 1626/00 establece un plazo para la aplicación de la sanción a la sumariada una vez culminado dicho sumario administrativo, que dice: “La resolución que recayese en el sumario administrativo será fundada y se pronunciará sobre la comprobación de los hechos investigados, la culpabilidad o inocencia del encausado y, en su caso, la sanción correspondiente, quedando la aplicación de la pena a cargo de la máxima autoridad del organismo o entidad respectiva, quien deberá implementarla en el plazo de cinco días. La decisión podrá ser objeto de la acción contencioso administrativa dentro del perentorio plazo de diez días hábiles de su notificación formal a las partes.” Este plazo establecido de cinco días ( se trata de un plazo extintivo conforme se desprende del lenguaje imperativo usado por el legislador) tampoco fue respetado en sede administrativa, pues la Señora Rosa Delicia González fue dada de baja por Decreto N°11.045 de fecha 5 de octubre de 2007, dos años después de culminado el sumario administrativo con la resolución del juez instructor, un plazo por demás excesivo para tal menester. En ese sentido, el no cumplimiento de este plazo por parte de la autoridad acarrea ineludiblemente la conclusión del sumario.

En las circunstancias descriptas, resulta obvio que el sumario administrativo instruido a la Señora Rosa Delicia González carece de toda validez, hallándose viciado de nulidad insanable, al trasgredir tan alevosamente puntuales previsiones legales establecidas en la Ley 1626/00 “De la Función Pública”.

En el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo que se llama el principio de especialidad (norma especial prima sobre norma general). La antinomia se da cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento legal vigente atribuyen al mismo caso en estudio soluciones incompatibles

entre sí, dando lugar a que la aplicación simultánea de las normas en cuestión produzca resultados incompatibles y hasta imposibles. De ahí que se haga necesario optar entre una y otra. Para resolver la antinomia contamos con el Principio de Especialidad. Este principio supone que la norma especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*). El Principio requiere: a) que la materia regulada sea la misma y b) que la norma especial contenga además de todos los elementos de la norma general.

En el caso que nos ocupa, tenemos un caso de antinomia (Ley 222 Orgánica de la Policía Nacional y la Ley 1626/00 “De la Función Pública”), por lo que, al ser la Ley 222 de carácter especial, la misma prevalece sobre la Ley 1626/00. Siendo así, debemos remitirnos a lo que establece el artículo 187 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional que establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, será de aplicación a los actos administrativos y resoluciones de la Policía Nacional las disposiciones de la Ley del Estatuto del Funcionario Público y contra aquellas se podrá interponer la acción contenciosa administrativa ante el Tribunal de Cuentas”.

Teniendo en cuenta el marco legal transcripto, las consideraciones realizadas precedentemente, y en diversos fallos se ha establecido un criterio uniforme sustentado por esta Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, según Acuerdo y Sentencia N° 676 de fecha 26 de julio de 2013 y el Acuerdo y Sentencia N° 1.120 de fecha 5 de noviembre de 2014 en los casos utilización de la Ley N° 1626/00 para establecer el plazo de caducidad de los sumarios administrativos de la Policía Nacional y las instrumentales mencionadas, concluyo que la Resolución N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005, fue emitida de manera irregular, cuando ya había caducado el plazo legal extintivo que se tenía para su emisión y basado en un sumario administrativo llevado a cabo fuera del plazo legal establecido para ello, todo lo cual acarrea ineludiblemente la abrogación tanto de la Resolución N° 747 de fecha 11 de octubre de 2005 impugnada en autos, como el Decreto N° 11.045 de fecha 5 de octubre de 2007, en lo que respecta a la actora. Esta abrogación trae aparejada como lógica consecuencia la revocación in totum del Acuerdo y Sentencia N° 657 de fecha 22 de octubre de 2012, debiendo reintegrarse la actora a continuar sus estudios en el Colegio de Policía en el curso correspondiente. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en ambas instancias a la perdedora, conforme al principio consagrado en el artículo 192. ES MI VOTO.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A sus turnos, los Doctores BLANCO y BENITEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

1. TENER POR DESISTIDO al recurrente del Recurso de Nulidad.
2. HACER LUGAR al recurso de Apelación interpuesto por el Abogado Esteban Espinoza Fernández, y en consecuencia
3. REVOCAR in totum el Acuerdo y Sentencia N° 657 de fecha 22 de octubre de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, debiendo reintegrarse la señora Rosa Delicia González al Colegio de Policía para reanudar los estudios correspondientes a la carrera de Policía, en el curso correspondiente.

4. IMPONER las costas a la perdidosa, en ambas instancias.

5. ANOTAR, notificar y registrar

Ante mí:

Ministros: Alicia Pucheta De Correa, Luis María Benítez Riera y Sindulfo Blanco

Ante mí: Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 495

**Cuestión debatida:** *La discusión en esta causa, se centra en torno al papel que le cupo desempeñar al entonces Comisario General en los sucesos del llamado “Marzo Paraguayo”. En ese orden de cosas, la Resolución dictada como cierre del Sumario por el Juez Instructor y por el Tribunal de Calificaciones de Servicio para Oficiales, culminando el proceso con la emisión del Decreto emitido por el Poder Ejecutivo, que dio de baja al Comisario General Inspector.*

**CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL.**

A los efectos de tener un panorama más claro de todo este asunto, debo señalar que el art. 175 de la Constitución de la República en su párrafo segundo le asigna a la Policía Nacional “la misión de preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y entidades, ocuparse de la prevención de los delitos...”. A su vez la Ley N° 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”, que desarrolla esta norma Constitucional, dispone en su art.4º que “La Policía Nacional como órgano de la seguridad interna del Estado, podrá hacer uso de la fuerza pública para el cumplimiento de su cometido”. Este articulado guarda concordancia con el art. 6 de ese plexo legal que estatuye en su numeral primero que serán funciones, obligaciones y atribuciones de la Policía Nacional “preservar el orden público legalmente establecido”. Asimismo, en su numeral segundo dispone que otra de las funciones de la Policía radica en “proteger la vida, la integridad, la seguridad, la libertad de las personas y entidades y de sus bienes”. Igualmente, el numeral noveno faculta a esta institución a “detener a las personas sorprendidas en la comisión de delitos y a los sospechosos; en la forma y por el tiempo establecidos en la Constitución Nacional y las leyes...”. En cumplimiento de los fines principales establecidos en el precitado artículo, el personal de la Policía Nacional “podrá emplear sus armas cuando fuere motivado por las exigencias del servicio, luego de realizadas las persuasiones y prevenciones reglamentarias” (art. 145 Ley N° 222). Por otro lado, el art. 95 del Código Procesal Penal de 1.890, vigente en ese momento determinaba que “Los Agentes del Orden Público, coadyuvaran a la Administración de la Justicia Penal, dando auxilio a los ofendidos, en su persona o bienes por algún crimen, delito o contravención infraganti, aprehendiendo las personas de los reos, u objetos o cuerpo del delito.

**POLICÍA NACIONAL. Principios básicos de actuación de la Policía Nacional.**

Al respecto debo señalar, que en mi opinión el Comisario General Ludio Ramón Torales no debió ceñirse solamente a comunicar al alto mando policial los graves acontecimientos que tenían lugar, esperando recibir órdenes de sus superiores jerárquicos, creyendo que con ello dejaba a salvo su responsabilidad. Debíó tomar las medidas adecuadas para tratar de evitar-



los, contenerlos o reprimirlos, por estar al mando del organismo central encargado del cumplimiento de la finalidad principal de la Policía Nacional, máxime estando en juego el orden público, la vida, la integridad, la seguridad y la libertad de las personas. Al ser el encargado principal y de mayor jerarquía de las varias Direcciones que conforman el organigrama de la Dirección General de Orden y Seguridad, pudiendo además disponer del personal suficiente para actuar, resulta inexcusable que no lo haya hecho. En todo caso, las determinaciones que hubiera adoptado, debió haberlas puestas en conocimiento de la superioridad, pero no escudarse en la simple comunicación de los graves hechos que se sucedían para no actuar.

**PODER JUDICIAL. Tribunal de Cuentas. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL.**

Resulta inadmisibles la tesis sustentada por el Tribunal Inferior, de que basta la simple comunicación a un superior jerárquico que un hecho punible se está cometiendo para eximir de responsabilidad al personal policial. Sobre todo, los Jefes de esa institución, que deben dar el ejemplo, tienen la ineludible obligación de intervenir de oficio cuando tienen noticias ciertas de la comisión de hechos delictuosos, ordenando al personal subalterno detener o reprimir en caso de resistencia a las personas sorprendidas en la comisión de esos hechos, poniéndolas posteriormente a disposición del fiscal competente (art. 6to. Numerales 5 y 9 – Ley N° 222/93). La grave omisión en la que incurrió el Comisario General Lidio Ramón Torales, sube de tono cuando está efectivamente comprobado que el mismo sabía que se estaban perpetrando hechos punibles contra el máximo valor que tiene que resguardar la Policía Nacional, como es el derecho a la vida, y no hizo nada para ponerle coto a esta situación, o si lo hizo, lo hizo muy tardíamente.

**LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. POLICÍA NACIONAL. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo.**

Los miembros de la Policía Nacional están compelidos a actuar de oficio cuando comprueban que se está produciendo la comisión de un hecho punible. Su Ley Orgánica le otorga esa facultad conforme ha quedado demostrado en el parágrafo precedente. No existe ningún tipo de excusas para no hacerlo. Debe ponerse límite a una perversa interpretación que ha tomado cuerpo en los últimos tiempos, la cual señala que los miembros de la

Policía Nacional no pueden actuar de oficio cuando suceden este tipo de hechos, debiendo limitarse su papel a ponerlo en conocimiento de la fiscalía, interpretación ésta que no tiene ningún asidero en las normas legales que rigen su desempeño.

Estando plenamente acreditada las graves omisiones en las que incurrió el Comisario General Inspector Lidio Ramón Torales durante los sucesos que son de público conocimiento, a lo que debe sumarse su conducta negligente al no tomar las determinaciones de rigor que las circunstancias requerían, no me cabe duda que el mismo incurrió en un claro incumplimiento de sus obligaciones, estando subsumido ese comportamiento en el quebrantamiento de las normas legales citadas en la Resolución N° 16 emitida por el Juez Instructor (fs. 57). Consecuentemente la baja del administrado dispuesta por el Decreto N° 4.372 de fecha 30 de julio de 1999, dictado por el Poder Ejecutivo, es la lógica consecuencia de ese proceder.

**C.S.J. Sala Penal. 03/07/2015. “Lidio Ramón Torales Ojeda c/ Decreto N° 4.372 del 30/06/99, dic. por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 495).**

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

CUESTIONES:

Es nula la sentencia apelada?.

En caso contrario, se halla ella ajustada a derecho?.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BAJAC Y VILLALBA

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: El recurrente desistió expresamente del Recurso de Nulidad incoado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los arts.113 y 404 del C.P.C. Corresponde en consecuencia tener por desistido el presente Recurso. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS, LOS SEÑORES MIGUEL OSCAR BAJAC Y NERI VILLALBA, DIJERON: Que se adhieren al voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, PROSIGUIO DICIENDO: El Tribunal

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

de Cuentas Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 124 de fecha 30 de Diciembre de 2.008, resolvió: “1.-) HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PROMOVIDA POR: “LIDIO RAMON TORALES OJEDA CONTRA EL PODER EJECUTIVO”, y en consecuencia. 2.-) REVOCAR EL DECRETO N°.4372 DEL 30 DE JULIO DE 1.999, DIC. POR EL PODER EJECUTIVO, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente Resolución. 3.-) ORDENAR AL ENTE DEMANDADO EL PAGO DE LOS HABERES acumulados durante la sustanciación de la demanda y los beneficios contemplados en el art.106 de la Ley Orgánica Policial, N°.222/93, al ser pasado a retiro. El Actor. 4.-) IMPONER LAS COSTAS A LA PARTE PERDIDOSA, LA PARTE DEMANDADA”.

El Abogado Juan Vicente Talavera Insfrán, representante legal del Estado Paraguayo, se agravió en contra de la precitada Resolución señalándola misma es notoriamente arbitraria, ilegal, incongruente y contradictoria con fallos anteriores dictados en distinto sentido. Subrayó que el preopinante alegó como primera elemento conducente para revocar el Decreto recurrido, que el Tribunal Superior de Servicios para Oficiales de la Policía Nacional fue conformado por Comisarios Principales y no por Comisarios Generales en actividad, violándose así el art.156 de la ley N° 222/93, pero sin embargo, en el expediente: “Acumulación de los autos caratulados: “Adrián Ayala Candia y otros C/ Decreto N° 4.372 del 30 de Julio de 1.999 dictado por el Poder Ejecutivo”, se adhirió a los fundamentos desarrollados por el Dr. Sindulfo Blanco, quien sostuvo que el Tribunal estuvo integrado por Comisarios Generales. Siguió diciendo el apelante que como segundo elemento para revocar el Acto Administrativo el Tribunal de Cuentas sacraliza la eximición a todo el personal policial que por temor a ser sancionado y debido a la disciplina vertical existente puede incurrir en el error de omitir, callar, o dejar que inocentes personas sigan siendo masacradas como ocurrió en el Marzo Paraguayo. Añadió que olvida el Tribunal que el inc. 2° del art. 10 de la Ley N° 222/93 impide ejecutar órdenes e instrucciones manifiestamente inconstitucionales e ilegales y exime del deber de obediencia en concordancia con lo dispuesto en la legislación penal paraguaya. Igualmente sostuvo que los oficiales de la Policía Nacional tienen por imperio de su misma ley la obligación de “hacer cumplir las leyes y reglamentos de la institución, preservar el orden, proteger la vida, la integridad, seguridad y libertad de las personas, así como prevenir la comisión de delito (numerales 1, 2, 3 y 153 del art.6 de la Ley N° 222/93). Resaltó que no es posible excusar

al accionante alegando que al comunicar los hechos ya cumplió con su deber y que él no tenía capacidad de mando como Director General de Orden y Seguridad, cuando que el art. 167 de la Ley N° 222/93 dice que “Dirección General de Orden y Seguridad es el organismo central encargado del cumplimiento de la finalidad fundamental de la Policía , conforme a la Constitución Nacional y las leyes”, o sea posee atribuciones para oficiar, diligenciar, planear, coordinar y emplear todos los recursos para evitar la comisión de delitos, sin que le quepa la posibilidad cierta de omitir tales deberes, callar o dejar de hacer, porque supuestamente se hallaba en cuarto grado de mando. Destacó que el Comisario Torales fue dado de baja no porque impartió órdenes, sino porque transmitió, cumplió y llevó a cabo instrucciones ilegales, y para colmo omitió denunciar a las autoridades judiciales como era su deber ciudadano, debiendo tenerse presente además la declaración del Oficial de Policía Carlos Alterburger Santander a fs. 146 del sumario cuando dijo que “las órdenes eran impartidas por el Comisario Gral. Lidio Ramón Torales y el Comisario Gral. Niño Trinidad Ruiz Díaz, la cual no fue tenida en cuenta por el Tribunal revisor. Puntualizó que la obediencia debida no significa admitir o permitir la posibilidad de incurrir en ilícitos con la excusa impía del principio de subordinación pues ella se rinde ante el respeto irrestricto a la ley y a la Constitución Nacional, y por ende el temor a ser sancionado no puede impedir denunciar actos reprochables, y por ello la sanción impuesta al Comisario Torales fue correcta, debiendo revocarse in tottum la sentencia recurrida, con costas

Pasando a examinar el fondo de la cuestión planteada, visualizo que el Tribunal de Cuentas Primera Sala, hizo lugar a la presente demanda revocando el Decreto N° 4.372 del 30 de Julio de 1.999, emitido por el Poder Ejecutivo, que dispuso la baja del entonces Comisario General Lidio Ramón Torales, basándose para ello en que la versión del demandante se halla corroborada en los antecedentes del sumario que le fuera instruido. Añadieron que en el caso de autos se trata del supuesto de un subordinado jerárquico, quien estaba sometido al deber de obediencia que manda el Estatuto del Personal Policial y la Ley Orgánica Policial, dado que el mando respetivo no estaba a su cargo, sino a disposición de otro superior, el Comandante de la Policía Nacional, a quien puso en conocimiento inmediato de los hechos, quien no dispuso lo que correspondía ante dichas advertencias. Igualmente señalaron que ante la negativa del superior, el inferior pudo válidamente

considerar que su actuación profesional no podía ir más allá de dicha conducta, atendiendo al deber de obediencia debida, en razón de la subordinación jerárquica, no deliberativa y disciplina vertical al que se hallan sometidos los funcionarios policiales según su estatuto legal vigente. Destacaron que existió una pugna entre el deber de obediencia y la comisión por omisión, y que el que no tomó las providencias necesarias no fue el demandante, sino su superior, a quien el actor oportunamente señaló la omisión. Subrayaron que en los casos en que concurren un deber de omisión con otro de acción, se suele estimar que goza de preferencia el deber de omisión, y que consecuentemente, el autor está justificado al infringir por inactividad el deber de acción que le incumbe al mismo tiempo, constituyendo para el inferior causa de justificación, aunque excepcionalmente sea antijurídica.

La discusión en esta causa, se centra en torno al papel que le cupo desempeñar al entonces Comisario General Lidio Ramón Torales, Director de Orden y Seguridad en los sucesos del llamado “Marzo Paraguay”. En ese orden de cosas, la Resolución N° 16 de fecha 1° de Julio de 1.999, (fs.48/64), dictada como cierre del Sumario por el Juez Instructor Sumariante, calificó la conducta del accionante como grave, incurstandola dentro de las disposiciones del art. 15 numerales 1, 31 y 35, como agravante el art. 33 de numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional, recomendando sancionarlo con la baja. Dicha calificación como el tipo de sanción que se le debía aplicar, fueron acogidas favorablemente por el Tribunal de Calificaciones de Servicio para Oficiales, culminando el proceso con la emisión del Decreto N° 4.372 del 30 de Julio de 1.999, emitido por el Poder Ejecutivo, que dio de baja al Comisario General Inspector Lidio Ramón Torales, siendo este Decreto el impugnado en el ámbito judicial, el cual concluyó en la instancia inferior con la Sentencia favorable a las pretensiones del administrado, por parte del ad-quem.

A los efectos de tener un panorama más claro de todo este asunto, debo señalar que el art. 175 de la Constitución de la República en su párrafo segundo le asigna a la Policía Nacional “la misión de preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y entidades, ocuparse de la prevención de los delitos...”. A su vez la ley N° 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”, que desarrolla esta norma Constitucional, dispone en su art.4° que “La Policía Nacional como órgano de la seguridad interna del Estado, podrá hacer uso de la fuerza pú-

blica para el cumplimiento de su cometido”. Este articulado guarda concordancia con el art. 6 de ese plexo legal que estatuye en su numeral primero que serán funciones, obligaciones y atribuciones de la Policía Nacional “preservar el orden público legalmente establecido”. Asimismo en su numeral segundo dispone que otras de las funciones de la Policía radica en “proteger la vida, la integridad, la seguridad, la libertad de las personas y entidades y de sus bienes”. Igualmente el numeral noveno faculta a esta institución a “detener a las personas sorprendidas en la comisión de delitos y a los sospechosos; en la forma y por el tiempo establecidos en la Constitución Nacional y las leyes...”. En cumplimiento de los fines principales establecidos en el precitado artículo, el personal de la Policía Nacional “podrá emplear sus armas cuando fuere motivado por las exigencias del servicio, luego de realizadas las persuasiones y prevenciones reglamentarias” (art. 145 Ley N° 222). Por otro lado, el art. 95 del Código Procesal Penal de 1.890, vigente en ese momento determinaba que “Los Agentes del Orden Público, coadyuvaran a la Administración de la Justicia Penal, dando auxilio a los ofendidos, en su persona o bienes por algún crimen, delito o contravención infraganti, aprehendiendo las personas de los reos, u objetos o cuerpo del delito.

Del contenido de la referida norma constitucional, y las disposiciones transcriptas en el párrafo precedente, no cabe el menor género de dudas, que la misión esencial de la Policía Nacional es preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y entidades y de sus bienes. Entre las Direcciones Generales determinadas en la Ley N° 222 para el cumplimiento de esos fines, se destaca la “Dirección General de Orden y Seguridad”, que conforme el art. 167 de este cuerpo legal “es el organismo central encargado del cumplimiento de la finalidad fundamental de la Policía conforme a la Constitución Nacional y las leyes”, estando a su cargo “las Direcciones de Zonas Policiales; la Dirección de Apoyo Técnico y la Dirección de Apoyo Táctico”. Precisamente Lidio Ramón Torales, el demandante, ese era el cargo que ejercía durante los acontecimientos del “Marzo Paraguayo”, es decir era Director General de Orden y Seguridad. Ahora bien, teniendo esta persona a su cargo la Dirección General más importante de toda la estructura Policial, y siendo esta Dirección el organismo central encargado del cumplimiento de la finalidad esencial de la institución policial, me pregunto: ¿se le puede eximir de culpa en los sucesos que acaecieron en aquella época solo porque se limitó a comunicarlos

a sus superiores jerárquicos, sin tomar ninguna otra determinación pese a las atribuciones que su cargo le confería?.

Al respecto debo señalar, que en mi opinión el Comisario General Lidio Ramón Torales no debió ceñirse solamente a comunicar al alto mando policial los graves acontecimientos que tenían lugar, esperando recibir órdenes de sus superiores jerárquicos, creyendo que con ello dejaba a salvo su responsabilidad. Debió tomar las medidas adecuadas para tratar de evitarlos, contenerlos o reprimirlos, por estar al mando del organismo central encargado del cumplimiento de la finalidad principal de la Policía Nacional, máxime estando en juego el orden público, la vida, la integridad, la seguridad y la libertad de las personas. Al ser el encargado principal y de mayor jerarquía de las varias Direcciones que conforman el organigrama de la Dirección General de Orden y Seguridad, pudiendo además disponer del personal suficiente

para actuar, resulta inexcusable que no lo haya hecho. En todo caso, las determinaciones que hubiera adoptado, debió haberlas puestas en conocimiento de la superioridad, pero no escudarse en la simple comunicación de los graves hechos que se sucedían para no actuar.

Un alto Jefe Policial como era el Comisario General Inspector Lidio Ramón Torales, teniendo efectivo conocimiento de los ataques que era objeto la sede de un poder del Estado, como era el Congreso y la sede de la Cámara de Diputados, estaba obligado a tomar las medidas pertinentes para poner fin a esa situación. Igualmente no tiene explicación el retiro del cordón policial que separaba a los partidarios del gobierno de esa época de los manifestantes contrarios. Pero lo más grave es que el mismo reconoce que se enteró por medio de una transmisión televisiva de la existencia de francotiradores en el “Edificio Zodiac”, no disponiendo de manera inmediata él envió de personal suficiente para evitar los asesinatos que se estaban perpetrando. Solamente dispuso la intervención del personal a su cargo en dicho Edificio varias horas después, cuando los hechos ya estaban consumados y los culpables se habían dado a la fuga.

Resulta inadmisibles la tesis sustentada por el Tribunal Inferior, de que basta la simple comunicación a un superior jerárquico que un hecho punible se está cometiendo para eximir de responsabilidad al personal policial. Sobre todo los Jefes de esa institución, que deben dar el ejemplo, tienen la ineludible obligación de intervenir de oficio cuando tienen noticias ciertas

de la comisión de hechos delictuosos, ordenando al personal subalterno detener o reprimir en caso de resistencia a las personas sorprendidas en la comisión de esos hechos, poniéndolas posteriormente a disposición del fiscal competente (art. 6to. Numerales 5 y 9 – Ley N° 222/93). La grave omisión en la que incurrió el Comisario General Lidio Ramón Torales, sube de tono cuando está efectivamente comprobado que el mismo sabía que se estaban perpetrando hechos punibles contra el máximo valor que tiene que resguardar la Policía Nacional, como es el derecho a la vida, y no hizo nada para ponerle coto a esta situación, o si lo hizo, lo hizo muy tardíamente.

Los miembros de la Policía Nacional están compelidos a actuar de oficio cuando comprueban que se está produciendo la comisión de un hecho punible. Su Ley Orgánica le otorga esa facultad conforme ha quedado demostrado en el párrafo precedente. No existe ningún tipo de excusas para no hacerlo. Debe ponerse límite a una perversa interpretación que ha tomado cuerpo en los últimos tiempos, la cual señala que los miembros de la Policía Nacional no pueden actuar de oficio cuando suceden este tipo de hechos, debiendo limitarse su papel a ponerlo en conocimiento de la fiscalía, interpretación ésta que no tiene ningún asidero en las normas legales que rigen su desempeño.

Estando plenamente acreditada las graves omisiones en las que incurrió el Comisario General Inspector Lidio Ramón Torales durante los sucesos que son de público conocimiento, a lo que debe sumarse su conducta negligente al no tomar las determinaciones de rigor que las circunstancias requerían, no me cabe duda que el mismo incurrió en un claro incumplimiento de sus obligaciones, estando subsumido ese comportamiento en el quebrantamiento de las normas legales citadas en la Resolución N° 16 emitida por el Juez Instructor (fs.57). Consecuentemente la baja del administrado dispuesta por el Decreto N° 4.372 de fecha 30 de Julio de 1.999, dictado por el Poder Ejecutivo, es la lógica consecuencia de ese proceder.

Teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente, soy del parecer que el Acuerdo y Sentencia N° 124 de fecha 30 de Diciembre de 2.008, emitido por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, debe ser revocado in totum. En consecuencia, debe confirmarse el Decreto N° 4.372 del 30 de Julio de 1.999, dictado por Poder Ejecutivo. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias, a la perdidosa, la parte actora, en virtud del principio consagrado en el art.192, 203 inc. C) y 205 del C.P.C.



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Este mismo criterio ha sostenido esta Alta Magistratura en el Acuerdo y Sentencia N° 63 de fecha 12 de Marzo de 2010 Y Acuerdo y Sentencia N° 250 de fecha 19 de mayo de 2008. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC, DIJO: disiento con el voto emitido por la Ministra Preopinante y en dicho sentido me permito verter las siguientes consideraciones:

Que, teniendo como puntal inicial del presente proceso, los hechos ocurridos en Marzo de 1999, y siendo analizados y debatidos dentro del “Sumario Administrativo Instruido al Comisario General Inspector Niño Trinidad Ruiz Diaz y otros s/ Tránsito disciplinaria, incumplimiento deliberado de los deberes y obligaciones”, concluyo con el dictamamiento de la Resolución N° 16 de fecha 1 de julio de 1999, y su posterior confirmación por Decreto N° 4.372 de fecha 30 de julio de 1999, emanada del Poder Ejecutivo, finalmente dispuso la SANCIÓN DE BAJA del cuadro de Oficiales Comisarios Generales de la Policía Nacional del SR. LIDIO RAMÓN TORALES.

Que, ante esta decisión tomada por el Poder Ejecutivo recurrió el Comisario LIDIO RAMÓN TORALES ante el TRIBUNAL DE CUENTAS, que por Acuerdo y Sentencia N° 124 resolvió... 1) HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PROMOVIDA POR: “LIDIO RAMON TORALES OJEDA CONTRA EL PODER EJECUTIVO y en consecuencia... 2) REVOCAR EL DECRETO N° 4372 DEL 30 DE JULIO DE 1999, DIC. POR EL PODER EJECUTIVO, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución... 3) ORDENAR AL ENTE DEMANDADO EL PAGO DE LOS HABERES acumulados durante la sustanciación de la demanda de los beneficios contemplados en el artículo 106 de la Ley Orgánica Policial, N°222/93, al ser pasado a retiro. El Actor... 4) IMPONER LAS COSTAS A LA PARTE PERDIDOSA, LA PARTE DEMANDADA... 5) NOTIFICAR, ANOTAR, REGISTRAR Y REMITIR COPIA a la EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Que, tal acto decisorio fue posteriormente recurrido por el procurador Delegado de la República Abog. JUAN VICENTE TALAVERA INSFRÁN, quien entre sus agravios sostuvo...”. Con esta decisión subjetiva, contradictoria, errada e injustificada del preopinante, se sacraliza eximición a todo personal policial que por temor a ser sancionado o debido a la disciplina existencia, puede incurrir en el error de omitir, callar o dejar que inocentes personas sigan siendo masacrados como ocurrió en el marzo paraguay...”... sigue manifestando el recurrente... “No es posible excusar al accionante,

alegando que a pesar supuestamente de comunicar los hechos ya cumplió con su deber y que él no tenía capacidad de mando, como Director General de Orden y Seguridad, cuando que el art. 167 de la Ley N° 222/93 dice que “la Dirección General de Orden y Seguridad es el organismo central encargado del cumplimiento de la finalidad fundamental de la Policía, conforme a la Constitución Nacional y las leyes” o sea posee atribuciones para officiar, diligenciar, planear y emplear todos los recursos para evitar la comisión de delitos, sin que quepa la posibilidad cierta de omitir tales deberes, callar o dejar de hacer, porque supuestamente se hallaba en 4° grado de mando”.. (Sic)

En este tren de ideas tenemos que la principal disquisición gira en torno a la participación y al grado de responsabilidad que tuvo el Comisario Lidio Torales en el teatro de operaciones ocurridas entre los días 23 a 27 de Marzo de 1999, situación que fuera fundada correctamente por el aquem en los siguientes términos... “Que en el caso de autos, se trata del supuesto de un subordinado jerárquico, quien estaba al deber de obediencia que manda el Estatuto del Personal Policial y la Ley Orgánica Policial, dado que el mando respectivo no estaba a su cargo, sino a disposición de otro superior, el Comandante de la Policía Nacional, a quien- según escrito de su demanda y su ampliatoria – puso en conocimiento inmediato de los hechos, y quien no dispuso lo que correspondía ante dichas advertencias. Ante la cuestión planteada surge la interrogación: ¿Podía el subordinado por sí mismo alzarse contra dicha determinación y asumir directamente el mando de las operaciones? Es una cuestión de difícil respuesta. Lo cierto es que, ante tal negativa del superior, el inferior pudo válidamente considerar que su actuación no podría ir más allá de dicha conducta, atendiendo el deber de obediencia debida, en razón de la subordinación jerárquica, no deliberativa y disciplinaria vertical al que se hallan sometidos los funcionarios policiales, según su estatuto legal vigente. El afectado, hay demandante, pudo incurrir en error, justamente porque, por un lado debía obedecer y del otro, se colocaba anta la posibilidad de recibir sanciones disciplinarias que incluso podían significar la pérdida del Estado Policial. En otras palabras, existe una pugna entre el deber de obediencia y la comisión por omisión. Y el que no tomó las providencias necesarias no fue el ahora demandante, sino su superior, a quien el actor oportunamente señalo la omisión”... (Sic)

Que, teniendo en cuenta los fundamentos de la sentencia y del contexto del recurso de apelación interpuesto por el Abog. Juan Vicente Talavera Insfrán surge a la luz de la razón lo dispuesto en primer párrafo de Art. 175 de la C.N que reza... “La Policía Nacional es una institución profesional, no deliberante, obediente, organizada con carácter permanente y en dependencia jerárquica del órgano del Poder Ejecutivo encargado de la seguridad interna de la Nación, como integrante de la fuerza pública, es una institución profesional, de estructura funcional jerarquizada, no deliberante y obediente”, es decir, la POLICIA NACIONAL es una organización administrativa de índole “vertical”, la misma está formada en base a una estructura piramidal, en cuya cúspide está un COMANDANTE y a su cargo está por debajo de manera conjunta con los demás COMISARIOS, que constituyen escalones jerárquicos cuyos rangos y responsabilidades decrecen a medida que se alejan del órgano superior, originando de esta manera un vínculo de subordinación llamado comúnmente “deber de obediencia”, es decir la responsabilidad por la competencia objetiva en el ejercicio del cargo se encontraba única y exclusivamente a cargo del COMANDANTE DE LA POLICIAL NACIONAL, esta situación se constata de la simple lectura de la Resolución N° 16 que sostuvo... “el primer y principal responsable por todos estos hechos es incuestionablemente el entonces Comandante de la Policía Nacional, Comisario General Inspector NIÑO TRINIDAD RUIZ DIAZ”... (Sic). Criterio también sostenido por unanimidad de esta Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo y Sentencia N° 1974 del 3 de Octubre de 2003.

Como apoyo doctrinario, traemos a colación la opinión de RAFAEL BIELSA en su obra “DERECHO ADMINISTRATIVO”, quien sostiene... JERARQUÍA...”Es la relación de supremacía de los órganos superiores respecto de los inferiores, y recíprocamente la relación de subordinación en que se encuentran los órganos inferiores respecto de los superiores. La dependencia de los funcionarios, o núcleo de funcionarios, referida a un centro constituye, pues, base o sistema de coordinación, y considerando este sistema respecto de los funcionarios, forma lo que se llama “jerarquía administrativa”...”El orden jerárquico establece – según lo explicado – implícitamente la subordinación jerárquica, la cual, en primer término, impone al subordinado el deber de obediencia. Sin subordinación y sin deber de obediencia no habría propiamente orden jerárquico”... (RAFAEL BIELSA, Derecho Administrativo, Tomo III, pág. 14/16, La Ley, Bs. Arg. 1964).

## JURISPRUDENCIA

Por lo tanto, teniendo en consideración lo expresado precedentemente, soy de la opinión de que el recurso incoado debe ser rechazado, confirmando el Acuerdo y Sentencia N° 124 en todos sus puntos por ajustarse estrictamente a derecho. Finalmente en lo que se refiere a las costas ellas deben ser impuestas a la perdidosa en ambas instancias, por el hecho objetivo de la derrota. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL DOCTOR NERI E. VILLALBA F., DIJO: Me adhiero al Voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos. ES MI VOTO

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

- 1.- DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.
- 2.- REVOCAR el Acuerdo y Sentencia Acuerdo y Sentencia N° 124 de fecha 30 de Diciembre de 2.008, dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
- 3.- IMPONER las costas por parte perdidosa.
- 4.- ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Alica Pucheta de Correa, Miguel Oscar Bajac y Nery Villalba

Ante mí: Abg Norma Dominguez. Secretaria.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 630

***Cuestión debatida:** Los fundamentos del agravio de la parte recurrente gira en torno a la desproporción de la de la sanción administrativa de la baja del efectivo y el criterio de oportunidad otorgado en lo penal , por lo que solicita la revocatoria de la resolución dictada por el Tribunal de Cuentas y se declare la inaplicabilidad del Decreto del Poder Ejecutivo que sanciona con la baja o en su defecto la modifique por otra menos gravosa, disponiendo su reposición en el cargo y el pago de los haberes caídos.*

**PROCESO PENAL. Criterio de oportunidad. MINISTERIO PÚBLICO.**

Que, antes de pasar al estudio del caso traído a nuestro conocimiento, resulta imperioso notar que existe un proceso penal abierto y concluido con sentencia firme (AI N° 208 de fecha 27/09/2011) contra el Sr. Rigoberto Amarilla Benítez, cuyas copias se hallan agregadas a estos autos. Según las instrumentales agregadas, se constata que el proceso penal tuvo su inicio con una denuncia ante la Comisaria de Ybycui en fecha 1/12/2010 contra Sr. Amarilla Benítez por el delito de estupro. Este proceso penal concluyo con la aplicación del criterio de oportunidad a favor del imputado Rigoberto Amarilla Benítez, en razón del pedido del Ministerio Publico y el allanamiento de la defensa, por tratarse de un delito cuyo castigo es la pena de multa. Bien, para un mejor entendimiento de lo que significa criterio de oportunidad, debemos convenir que con dicho criterio se concede a los Fiscales la facultad de prescindir de la persecución penal pública, en circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o participación basada en elementos objetivos verificables en el proceso o en la investigación, y que por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales se decide no iniciar o no llevar a término la pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el juez competente, quien deberá decidir o más bien dictaminar. Es decir, la aplicación del criterio de oportunidad no significa que el hecho no se haya cometido ni que el imputado sea inocente.

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Lex specialis derogat generali. Antinomia.**

Que, en el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo que se llama el principio de especialidad (norma especial prima sobre norma general). La Antinomia se da cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento legal vigente atribuyen al mismo caso en estudio soluciones incompatibles entre sí, dando lugar a que la aplicación simultánea de las normas en cuestión produzca resultados incompatibles y hasta imposibles. De ahí que se haga necesario optar entre una y otra. Para resolver la antinomia contamos con el Principio de Especialidad. Este principio supone que la norma especial prevalece sobre la general (lex specialis derogat generali).

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Lex specialis derogat generali. Antinomia. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. LEY N° 1626/00 LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.**

Que, en el caso que nos ocupa, tenemos un caso de antinomia (Ley 222 Orgánica de la Policía Nacional y Ley 1626 Función Pública), por lo que, al ser la Ley 222 de carácter especial, la misma prevalece sobre la Ley 1626. Ahora bien, la propia Ley 222/93 establece en el artículo 187 lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, será de aplicación a los actos administrativos y resoluciones de la Policía Nacional las disposiciones de la Ley del Estatuto del Funcionario Público y contra aquellas se podrá interponer la acción contenciosa administrativa ante el Tribunal de Cuentas”. Entonces, remitiéndonos a lo establecido en la Ley 1626 para el caso que no ocupa, tenemos que la misma faculta a la administración a destituir al funcionario investigado y condenado en sede penal. Por otro lado, la destitución del actor de esta demanda estuvo precedida del correspondiente sumario administrativo, por lo que mal podría pensarse en una arbitrariedad por parte de la Administración en este caso Policía.

**C.S.J. Sala Penal. 25/08/2015. “Rigoberto Amarilla Benítez c/ Res. N° 307 del 14/06/2011 y Decreto N° 8.051 del 22/12/2011 Dic. por la Justicia Policial y el Poder Ejecutivo (Ac. y Sent. N° 630).**

**C U E S T I O N E S:**

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho?

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: LUIS MARIA BENITEZ RIERA, ALICIA PUCHETA DE CORREA y SINDULFO BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: Que, por Acuerdo y Sentencia No 161 de fecha 30 de junio de 2014, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió: 1) No hacer lugar a la demanda contencioso administrativa promovida por el Sr. Rigoberto Amarilla Benitez, 2) Confirmar la Resolución No 307 del 14/06/2011 dictada por la Justicia Policial y Decreto No 8051 de fecha 22/12/2011 del Poder Ejecutivo, 3) Imponer las costas a la perdedora, 4) Anotar, registrar, notificar de oficio y remitir ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia

Que, al fundar el recurso de nulidad interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia No 161, el Sr. Rigoberto Amarilla Benítez, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, argumento que la mencionada resolución viola la normativa constitucional de ser juzgado dos veces por el mismo hecho, lo que acarrea su nulidad.

QUE, debemos convenir que el recurso de nulidad contra una sentencia, procede cuando se alegan errores en la propia sentencia por violar formas o solemnidades establecidas por la ley. O sea cuando la sentencia adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional. La nulidad de una sentencia o resolución debe interpretarse de manera restrictiva y se procede a declararse únicamente cuando el supuesto vicio no pueda remediarse al considerar el recurso de apelación. Así, resulta lógico sostener que la sanción de nulidad de una resolución quede reservada para casos graves, donde existan vicios que, por su gravedad, no permitan que la cuestión puede ser resuelta por vía de la apelación. Es decir, la admisibilidad del recurso de nulidad se encuentra limitada a las impugnaciones referidas única y exclusivamente a los vicios procesales que afectan a la resolución judicial, pues la nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas para ello.

QUE, luego de la lectura del Acuerdo y Sentencia No 161 de fecha 30/06/2014, y con respecto a los agravios del nulidicente, se deduce que las quejas sostenidas por el mismo carecen de los elementos suficientes para condicionar la nulidad del acuerdo y sentencia mencionado, pues no existe violación de normas procesales y solemnidades establecidas en el artículo 404 del Código Procesal Civil, que ameritan la declaración de la nulidad,

cuando la sentencia ha sido pronunciada como consecuencia de un procedimiento vicioso que impida el dictamiento de una sentencia que resuelva las cuestiones planteadas.

QUE, en base a lo precedentemente expuesto, no corresponde hacer lugar a la nulidad por la nulidad misma, ya que el carácter restrictivo de este recurso de nulidad tiene vigencia únicamente cuando se decreta la existencia de una irregularidad grave, imposible de reparar por otros medios. Consecuentemente, corresponde desestimar el recurso de nulidad planteado por el Sr. Rigoberto Amarilla Benítez contra el Acuerdo y Sentencia No 161 de fecha 30/06/2014, por improcedente. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: Que, antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión puesta a consideración, debo realizar una síntesis de las cuestiones administrativas que antecedieron al proceso contencioso administrativo. Así, en base al Informe No 1339 de fecha 18/12/2010 que comunica el hecho que se atribuye al Sr. Rigoberto Amarilla Benítez, el Comandante de la Policía Nacional dicta la Providencia No 43 del 13/01/2011 por la cual ordena la instrucción de un sumario administrativo al Sub Oficial 1º O.S. Rigoberto Amarilla Benítez. Entonces, por Providencia No 62 de fecha 8/02/2011 el Director de Justicia dispuso la instrucción del sumario asignando la Fiscalía y el Juzgado respectivos para intervenir. La Fiscalía Policial comenzó el proceso calificando la falta atribuida al sumariado por Resolución No 38 de fecha 3/03/2011. En fecha 6/05/2011 la Fiscalía presenta su conclusión. Por Resolución Definitiva No 307 de fecha 14/06/2011 el Juez Sumariante califica la falta atribuida al Sub Oficial 1º O.S. Rigoberto Amarilla Benítez conforme al artículo 15 numeral 1 de la Ley 222/93 Orgánica de la Policía Nacional, en concordancia con lo establecido en el Artículo 33 inciso 1 del Reglamento Disciplinario Policial y sanciona administrativamente al citado con lo establecido en el art 134 ítem 3 de la Ley 222/93. Finalmente, por Decreto No 8051 del 22/12/2011 se da de baja por falta grave al Sub Oficial 1º O.S. Rigoberto Amarilla Benítez.

Que, ya en sede jurisdiccional, el actor Sr. Amarilla Benítez en fecha 22/02/2012 promueve acción de nulidad contra la Resolución Definitiva No 307 de fecha 14/06/2011 y el Decreto No 8051 del 22/12/2011. Luego de los trámites de rigor, el Tribunal de Cuentas Primera Sala dictó el Acuerdo y



Sentencia No 161 de fecha 30 de junio de 2014, cuya parte resolutive se transcribiera más arriba. Al fundar el recurso de apelación contra dicha resolución, el actor argumenta que la resolución administrativa debió entender las circunstancias que dieron pie al requerimiento conclusivo en el fuero penal; que no existió estupro y el supuesto incumplimiento del artículo 6 de la Ley 222/93 no se configuró y no existe. Agrega que no es proporcional la sanción administrativa de baja con el criterio de oportunidad otorgado en lo penal. Luego de otras disquisiciones, termina solicitando se dicte sentencia revocando la resolución dictada por el Tribunal de Cuentas y se declare la inaplicabilidad del Decreto del poder Ejecutivo No 8051 que sanciona con la baja o en su defecto la modifique por otra menos gravosa, disponiendo su reposición en el cargo y el pago de los haberes caídos.

Que, antes de pasar al estudio del caso traído a nuestro conocimiento, resulta imperioso notar que existe un proceso penal abierto y concluido con sentencia firme (AI No 208 de fecha 27/09/2011) contra el Sr. Rigoberto Amarilla Benítez, cuyas copias se hallan agregadas a estos autos. Según las instrumentales agregadas, se constata que el proceso penal tuvo su inicio con una denuncia ante la Comisaría de Ybycui en fecha 1/12/2010 contra Sr. Amarilla Benítez por el delito de estupro. Este proceso penal concluyó con la aplicación del criterio de oportunidad a favor del imputado Rigoberto Amarilla Benítez, en razón del pedido del Ministerio Público y el allanamiento de la defensa, por tratarse de un delito cuyo castigo es la pena de multa. Bien, para un mejor entendimiento de lo que significa criterio de oportunidad, debemos convenir que con dicho criterio se concede a los Fiscales la facultad de prescindir de la persecución penal pública, en circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o participación basada en elementos objetivos verificables en el proceso o en la investigación, y que por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales se decide no iniciar o no llevar a término la pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el juez competente, quien deberá decidir o más bien dictaminar. Es decir, la aplicación del criterio de oportunidad no significa que el hecho no se haya cometido ni que el imputado sea inocente.

Que, en el caso que nos ocupa, se debe aplicar lo que se llama el principio de especialidad (norma especial prima sobre norma general). La Anti-

nomia se da cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento legal vigente atribuyen al mismo caso en estudio soluciones incompatibles entre sí, dando lugar a que la aplicación simultánea de las normas en cuestión produzca resultados incompatibles y hasta imposibles. De ahí que se haga necesario optar entre una y otra. Para resolver la antinomia contamos con el Principio de Especialidad. Este principio supone que la norma especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*).

El principio de especialidad requiere: a) que la materia regulada sea la misma.

b) que la norma especial contenga además de todos los elementos de la norma general.

Que, en el caso que nos ocupa, tenemos un caso de antinomia (Ley 222 Orgánica de la Policía Nacional y Ley 1626 Función Pública), por lo que, al ser la Ley 222 de carácter especial, la misma prevalece sobre la Ley 1626. Ahora bien, la propia Ley 222/93 establece en el artículo 187 lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, será de aplicación a los actos administrativos y resoluciones de la Policía Nacional las disposiciones de la Ley del Estatuto del Funcionario Público y contra aquellas se podrá interponer la acción contenciosa administrativa ante el Tribunal de Cuentas”. Entonces, remitiéndonos a lo establecido en la Ley 1626 para el caso que no ocupa, tenemos que la misma faculta a la administración a destituir al funcionario investigado y condenado en sede penal. Por otro lado, la destitución del actor de esta demanda estuvo precedida del correspondiente sumario administrativo, por lo que mal podría pensarse en una arbitrariedad por parte de la Administración en este caso Policial.

Ahora bien, en relación a las quejas del actor sobre que “no es proporcional la sanción administrativa de baja con el criterio de oportunidad otorgado en lo penal”, debemos convenir el proceso administrativo es totalmente independiente de cualquier proceso iniciado al funcionario en sede jurisdiccional, por tanto las autoridades administrativas tienen la autonomía suficiente para aplicar las sanciones que correspondan al hecho investigado (artículos 80 y 81 de la Ley 1626/2000).

QUE, consecuentemente, de acuerdo a las consideraciones legales formuladas precedentemente y a las constancias de autos, corresponde confirmar in totum el Acuerdo y Sentencia N° 161 de fecha 30 de junio de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala. En cuanto a las costas,

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

corresponde que las mismas sean impuestas a la parte apelante en virtud del principio contenido en el art. 203 inc. a) del C.P.C. ES MI VOTO.

Que a su turno, los Dres. PUCHETA DE CORREA y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

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

1) DESESTIMAR el recurso de nulidad por improcedente.  
2) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Rigoberto Amarilla Benítez, y en consecuencia

3) CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 161 de fecha 30 de junio de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución.

4) IMPONER las costas a la parte actora.

5) ANOTAR y notificar.

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta De Correa y Sindulfo Blanco

Ante mi: Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 136

***Cuestión debatida:** Se analizan los agravios contra la resolución de instancia contenciosa administrativa que ha confirmado el Decreto del Poder Ejecutivo que dispuso el retiro absoluto del cuadro permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación.*

**PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios.**

Entrando a analizar el fondo de cuestión, se observa que por Decreto N° 12.351/08 el Presidente de la República dispuso el retiro absoluto del

cuadro permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación, al Teniente Primero de Caballería Francisco Javier Santa Cruz Núñez, en base lo resuelto por la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales Ordinario en su sesión N° 163 del 5 de noviembre de 2007; las cuestiones penales, que el accionante pretende introducir en esta instancia recursiva, no guardan relación con los argumentos esgrimidos al momento de la traba de la Litis.

De las piezas procesales que integran estas marras, se constata que el punto central de la cuestión debatida es si se produjo o no el abandono de cargo por parte del hoy accionante, pues esta razón, fue la que motivo los actos administrativos que fueron recurridos.

Al respecto, luego de un análisis integral de estas marras, he constatado que el hoy accionante, ha reconocido en su escrito de interposición de acción contencioso administrativa que viajó a España por motivos personales en el año 2.006, esta situación ha sido reconocida en este proceso judicial por ambas partes. Del propio legajo personal del accionante, se constata que las ultimas calificaciones del mismo datan del año 2006 (fs. 70); a lo largo de estos autos el accionante no ha probado que el mismo se encontraba en ejercicio de sus funciones castrenses, como ya se ha indicado, por el contrario de todas las piezas procesales se colige sin lugar a equívocos que el mismo no se encontraba prestando servicios desde el año 2006, ordenándose su retiro absoluto del cuadro de las Fuerzas Armadas en el año 2008.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios.**

Ante dicha situación, la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales Ordinarios luego de realizar una evaluación sobre la situación del Sr. Javier Santa Cruz, resolvió el retiro absoluto del Cuadro Permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación, conforme a los arts. 83 inc. C), 133 Inc. B) y 138 inc. I). Decisión que no fue puesta en duda por el accionante en cuanto al sentido de la misma, sino a su validez.

A fin de determinar si la disposición adoptada en sede administrativa con relación al accionante y que fuera confirmada por el A quo, se ajusta a derecho, seguidamente pasaremos a analizar las normas legales aplicables al caso de autos, así, la Ley N° 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”, en cuanto a la Junta de Calificaciones de Servicio en lo pertinente expresa:

“Capítulo VII De Las Junta De Calificación de Servicios Artículo 83.- Compete a la Junta de Calificación de Servicios: c) dictaminar sobre las solicitudes de reincorporación, retiro o baja.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. Retiro.**

En cuanto al Retiro, el mismo es regulado en el Capítulo XIV de la Ley N° 1.115/97 que en su Art. 133 específica que puede ser temporal o absoluto, y en cuanto al segundo establece: “El Retiro podrá ser: b) Absoluto: Es la situación del militar que pasa a inactividad por límite de edad o quedar permanentemente impedido física, mental o moralmente para el servicio activo”. Concordante con el art. 134 del mismo cuerpo legal, que expresa: “El pase a retiro del personal militar se concederá: ...b) de oficio...” y el Art. 138 que delimita cuanto sigue en cuanto al retiro de oficio: “El retiro de oficio se otorga al militar que esté incluido dentro de uno de los siguientes incisos: i) o decisión de la Junta de Calificación de Servicios”.

Del marco legal precitado se colige que la Junta de Calificación de Servicios, dictamino conforme a sus facultades legales, en base al abandono del cargo del accionante.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. Deserción o abandono.**

Traigo así también a colación lo expresado en el Art. 90 de la Ley N° 1.115/97, que en lo pertinente expresa: El cargo es considerado vacante desde el momento en que su titular sea trasladado o removido, hasta que otro tome posesión del mismo. Se consideran también vacantes los cargos en que el titular se hallare en las siguientes circunstancias c) por deserción o abandono”. Y por último en cuanto al retiro de oficio, el Decreto N° 21.091/03, que reglamenta la Carrera del Personal de las Fuerzas Armadas de la Nación, en su Art. 83 expresa: “De la Situación de Retiro. La concesión del pase a Retiro del Oficial o Sub Oficial se producirá bajo las siguientes condiciones: El Retiro podrá ser de oficio. Es la cesación de funciones del personal cuando haya incurrido en algunas de las causales previstas por la Ley y dispuesta por la autoridad competente a contar desde la fecha en que ella se produce o de una posterior que determine la autoridad, cuando ello corresponda.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Junta de Calificación de servicios. Deserción o abandono.**

De acuerdo a las normas transcriptas y las documentales agregadas en autos, surge con claridad que las razones que se tuvieron en cuenta para el retiro absoluto del accionante (abandono de cargo) están previstas en las normas que rigen la materia, y se encuentran plenamente acreditados en autos como ya se ha indicado en los párrafos que anteceden. Por otro lado, el acto impugnado ha sido dictado conforme a las facultades que la Ley otorga tanto a la Junta de Calificaciones, como al Poder Ejecutivo. Así, el art. 117 del Estatuto del Personal Militar preceptúa: “La calificación definitiva de la actitud del personal para el ascenso o pase a la inactividad, es facultad privativa de la Junta de Calificaciones de Servicios” y nuestra Carta Magna, al reglar los deberes y atribuciones del presidente de la República reza: “Es el Comandante en Jefe con la Ley dicta los reglamentos militares, dispone de las Fuerzas Armadas de la Nación, las organiza y distribuye (art. 238, num. 9).

**C.S.J. Sala Penal. 07/03/2016 “Francisco J. Santa Cruz c/ Decreto N° 12.351 del 16 de junio de 2008. Dictada por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 136).**

**C U E S T I O N E S:**

¿Es nula la Sentencia recurrida?.

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?.

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BENITEZ RIERA Y BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SEÑORA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: En cuanto al Recurso de Nulidad, el recurrente no fundamentó expresamente el mismo, por lo que se lo tiene que tener por abdicado. Por otro lado de la lectura de la Sentencia impugnada no se observan vicios o defectos procesales que ameriten de oficio su declaración de nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. **ES MI VOTO.**

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS LUIS MARIA BENITEZ RIERA Y SINDULFO, DIJERON:

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SEÑORA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, PROSIGUIÓ DICHIENDO: El accionante, el Sr. Francisco Santacruz, interpuso acción contencioso administrativa contra el Decreto N° 12.351 de fecha 16 de junio de 2.008, dictado por el Presidente de la República del Paraguay, que Resolvió: “Art. 1) Concédese retiro absoluto del cuadro permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación al Teniente Primero de Caballería Francisco Javier Santa Cruz Núñez, por desertión. Art. 2) El presente Decreto será refrendado por el Ministerio de Defensa Nacional. Art. 3) Comuníquese.

El Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 305 de fecha 5 de noviembre de 2.014, resolvió: “1.- NO HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa promovida por “FRANCISCO J. SANTA CRUZ C/ DECRETO N° 12.351 DEL 16/JUN/08 DICT. POR EL PODER EJECUTIVO” y, en consecuencia corresponde; 2.- CONFIRMAR el Decreto 12.351 de fecha 16 de junio de 2.008, dictado por el Poder Ejecutivo; conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente Resolución. 3.- IMPONER las costas a la perdedora. 4.- ANOTAR

Se alza en apelación contra lo Resuelto por el Tribunal de Cuentas, la parte accionante, el Sr. Francisco Santa Cruz, bajo patrocinio del Abogado Adolfo Wildberger, expresando agravios a fojas 88/93 y argumentando en lo medular del mismo cuanto sigue: “...El Tribunal de Cuentas se extralimito al establecer que cometí el Delito de Desertión, no consideró o desconoció la Competencia para Juzgar en Delitos o faltas Militares, cual es el Juzgado de Instrucción Sumarial que integra la estructura de la Suprema Corte de Justicia Militar, conforme lo establece la Ley 480/80. No he sido objeto de ningún proceso en los Tribunales Militares, ni mucho menos he sido condenado por el Delito de Desertión. Si supuestamente he cometido falta o desertión, mi comandante o superior inmediato debió remitir el informe o la denuncia correspondiente a la Justicia Militar, para que se me abra un proceso, y allí un Juez si considera que corresponde el Proceso Militar, debe dar por abierto y seguir con todos los pasos procesales. El Decreto es Nulo, ya que se ha originado en la Resolución de Junta de Calificaciones, sin fundamento, ni motivo valedero, por tanto Arbitraria. El Tribunal de Cuentas, razona mal, pues parte de la premisa de erigirse como Tribunal Militar y no solo analizar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, en este caso el decreto recurrido. El Tribunal Juzgo mal, por cuanto lo hace fuera de sus facultades, lejos de analizar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo

se aboca al estudio de la existencia o no deserción. Por todos los agravios causado y fundamentos esgrimidos, corresponde que la Resolución impugnada sea revocada en todos sus términos.

Contestan el traslado que les fuere corrido, los Abogados Roberto Moreno Rodríguez, Procurador General de la República y Felipe Mercado, Procurador Delegado, en representación de la Procuraduría General de la República, argumentando en su escrito obrante a fojas 98/119, en apretada síntesis cuanto sigue: “...En atención a la presente es menester referir que el decreto presidencial del cual se pretende su impugnación se encuentra debidamente fundado, conforme lo dictamino la propia Junta de Calificación de Servicio para oficiales en sesión ordinaria del 5 de noviembre de 2.007. El Sr. Francisco Santa Cruz, efectivamente, jamás fue ni sumariado y menos condenado por un delito militar que refiere sobre el hecho punible castrense deserción en tiempos de paz, tipificado por el art. 152 inc. A) del código penal militar. El Tribunal de Cuentas lo que hizo fue Juzgar el acto de la administración observando que el decreto presidencial dictado se hallaba fundado en derecho, por ende la decisión del Poder Ejecutivo de conceder el pase a retiro absoluto del accionante de estos autos se halla plenamente justificada en el inciso i) del art. 138 de la Ley N° 1.115/97 que menciona que la JJ.CC.SS. tiene la atribución de dictaminar respecto al pedido de retiro del personal militar. Fue el Sr. Comandante en jefe quien determino el retiro absoluto del Sr. Santa Cruz, por haber incurrido en los términos castrenses “deserción en tiempos de paz”. El Decreto N° 12.351/08, no constituyo al recurrente, un desprestigio, sino una disposición administrativa de destitución por el abandono del cargo cometido en tiempo de paz por el Sr. Francisco Santa Cruz. El retiro no es una sanción, ni una pena impuesta por algunos militares, es una institución que se conceptualiza como una forma de terminación de la carrera militar. La Junta de Calificaciones es un órgano colegiado encargado de la formación de una jerarquía eficiente de las Fuerzas Armadas, por la escrupulosidad con que se realiza la apreciación del mérito del personal militar, y en ningún caso impone sanciones, ni está habilitado para hacerlo, sus decisiones son tomadas por votación secreta o publica y tienen carácter definitivo e inapelable. Lo que sucedió es que, la Junta de Calificación de Servicios para Oficiales en su sesión ordinaria del 2.007, al estudiar el punto ateniendo a la situación de revista del oficial subalterno, constatada administrativamente su ausencia injustificada respecto al estado de revista efectiva en el cuerpo, luego de debatir el



mérito de lo evaluado, recomendó al Señor Comandante en Jefe la aplicación de lo dispuesto en el art. 138 inc. i) de la Ley 1115/97. Se evaluó la ausencia injustificada del mismo en el cuerpo, destacamento o unidad. Respecto a la determinación hecha por el Tribunal de Cuentas sobre el estado militar de Deserción, nos referimos al término “abandono de cargo”. De conformidad al art. 90 de la Ley N° 1.115/97, debe considerarse vacante aquellos cargos que el titular se hallare en estado de deserción o abandono. El actor ha confesado estar ausente del país desde el año 2.006 y cuanto menos hasta la interposición extemporánea del presente recurso en el mes de abril de 2.011. El legajo personal del actor, no observa mención de concesión de permiso alguno para ausentarse. Concluye solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido

Entrando a analizar el fondo de cuestión, se observa que por Decreto N° 12.351/08 el Presidente de la República dispuso el retiro absoluto del cuadro permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación, al Teniente Primero de Caballería Francisco Javier Santa Cruz Núñez, en base lo resuelto por la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales Ordinario en su sesión N° 163 del 5 de noviembre de 2.007; las cuestiones penales, que el accionante pretende introducir en esta instancia recursiva, no guardan relación con los argumentos esgrimidos al momento de la traba de la Litis.

De las piezas procesales que integran estas marras, se constata que el punto central de la cuestión debatida es si se produjo o no el abandono de cargo por parte del hoy accionante, pues esta razón, fue la que motivo los actos administrativos que fueron recurridos.

Al respecto, luego de una análisis integral de estas marras, he constatado que el hoy accionante, ha reconocido en su escrito de interposición de acción contencioso administrativa que viajó a España por motivos personales en el año 2.006, esta situación ha sido reconocida en este proceso judicial por ambas partes. Del propio legajo personal del accionante, se constata que las ultimas calificaciones del mismo datan del año 2.006 (fs. 70); a lo largo de estos autos el accionante no ha probado que el mismo se encontraba en ejercicio de sus funciones castrenses, como ya se ha indicado, por el contrario de todas las piezas procesales se colige sin lugar a equívocos que el mismo no se encontraba prestando servicios desde el año 2.006, ordenándose su retiro absoluto del cuadro de las Fuerzas Armadas en el año 2.008

Ante dicha situación, la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales Ordinarios luego de realizar una evaluación sobre la situación del Sr. Javier

Santa Cruz, resolvió el retiro absoluto del Cuadro Permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación, conforme a los arts. 83 inc. C), 133 Inc. B) y 138 inc. I). Decisión que no fue puesta en duda por el accionante en cuanto al sentido de la misma, sino a su validez.

A fin de determinar si la disposición adoptada en sede administrativa con relación al accionante y que fuera confirmada por el A quo, se ajusta a derecho, seguidamente pasaremos a analizar las normas legales aplicables al caso de autos, así, la Ley N° 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”, en cuanto a la Junta de Calificaciones de Servicio en lo pertinente expresa: “CAPTULO VII DE LAS JUNTA DE CALIFICACION DE SERVICIOS: Artículo 83.- Compete a la Junta de Calificación de Servicios: c) dictaminar sobre las solicitudes de reincorporación, retiro o baja;”.

En cuanto al RETIRO, el mismo es regulado en el CAPITULO XIV de la Ley N° 1.115/97 que en su Art. 133 especifica que puede ser temporal o absoluto, y en cuanto al segundo establece: “El Retiro podrá ser: b) Absoluto: Es la situación del militar que pasa a inactividad por límite de edad o quedar permanentemente impedido física, mental o moralmente para el servicio activo”. Concordante con el art. 134 del mismo cuerpo legal, que expresa: “El pase a retiro del personal militar se concederá: ...b) de oficio...” y el Art. 138 que delimita cuanto sigue en cuanto al retiro de oficio: “El retiro de oficio se otorga al militar que esté incluido dentro de uno de los siguientes incisos: i) ...o decisión de la Junta de Calificación de Servicios”.

Del marco legal precitado se colige que la Junta de Calificación de Servicios, dictamino conforme a sus facultades legales, en base al abandono del cargo del accionante.

Traigo así también a colación lo expresado en el Art. 90 de la Ley N° 1.115/97, que en lo pertinente expresa: “El cargo es considerado vacante desde el momento en que su titular sea trasladado o removido, hasta que otro tome posesión del mismo. Se consideran también vacantes los cargos en que el titular se hallare en las siguientes circunstancias: ...c) por deserción o abandono”. Y por último en cuanto al retiro de oficio, el Decreto N° 21.091/03, que reglamenta la Carrera del Personal de las Fuerzas Armadas de la Nación, en su Art. 83 expresa: “De la Situación de Retiro. La concesión del pase a Retiro del Oficial o Sub Oficial se producirá bajo las siguientes condiciones: El Retiro podrá ser: ...De oficio. Es la cesación de funciones del personal cuando haya incurrido en algunas de las causales previstas por la Ley y dispuesta por la autoridad competente a contar desde la fecha en que

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ella se produce o de una posterior que determine la autoridad, cuando ello corresponda”.

De acuerdo a las normas transcriptas y las documentales agregadas en autos, surge con claridad que las razones que se tuvieron en cuenta para el retiro absoluto del accionante (abandono de cargo) están previstas en las normas que rigen la materia, y se encuentran plenamente acreditados en autos como ya se ha indicado en los párrafos que anteceden. . Por otro lado, el acto impugnado ha sido dictado conforme a las facultades que la Ley otorga tanto a la Junta de Calificaciones, como al Poder Ejecutivo. Así, el art. 117 del Estatuto del Personal Militar preceptúa: “La calificación definitiva de la actitud del personal para el ascenso o pase a la inactividad, es facultad privativa de la Junta de Calificaciones de Servicios” y nuestra Carta Magna, al reglar los deberes y atribuciones del presidente de la República reza: “Es el Comandante en Jefe con la Ley ...dicta los reglamentos militares, dispone de las Fuerzas Armadas de la Nación, las organiza y distribuye (art. 238, num. 9)”.

Se trae a colación los siguientes fallos, en los cuales esta Alta Magistratura, ha analizado situaciones similares a la de marras, y ha asumido similar postura: “Acuerdo y Sentencia N° 630 del 3 de julio de 2.007 y el Acuerdo y Sentencia N° 480 de fecha 19 de junio de 2.007, Excelentísima Corte Suprema de Justicia

De todo el panorama descripto se constata sin lugar a equívocos que el acto administrativo impugnado se ha dictado en base a las normas legales y constitucionales que rigen la materia, no cabe más que concluir su regularidad y consiguientemente su validez

Por tanto, corresponde CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 305 de fecha 5 de noviembre de 2.014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. En cuanto a las costas las mismas deberán ser impuestas a la perdedora en virtud a lo establecido por los arts. 192, 203. Inc. a), y 205 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MINISTROS LUIS MARIA BENITEZ RIERA Y SINDULFO BLANCO, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos

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

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

## JURISPRUDENCIA

### C O R T E S U P R E M A D E J U S T I C I A S A L A P E N A L R E S U E L V E:

1) TENER POR DESISTIDO el estudio de la nulidad conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

2) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia Confirmar in totum el confirmar in totum el Acuerdo y Sentencia N° 305 de fecha 5 de noviembre de 2.014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

3) IMPONER las costas a la parte perdedora.

4) ANOTAR, registrar y notificar.

Magistrados: Alicia Pucheta de Correa, Luis María Benítez Riera y Sindulfo Blanco

Ante mí: Norma Domínguez. Secretaria

ANTE MÍ:

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 731

**Cuestión debatida:** *La discusión se centra en determinar la procedencia o no de la apelación presentada por el Abg. Fiscal del Ministerio de Hacienda, que pretende la revocatoria del fallo del Tribunal de Cuentas Primera Sala que ha acogido favorablemente el reclamo de la parte actora revocando la Resolución Administrativa emitida por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda.*

### **LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro absoluto.**

Conforme al detalle de asignaciones y la diferencia reclamada de Gs. 829.100, mencionó que, conforme al Decreto de retiro dictado por el Poder Ejecutivo, el Director de Jubilaciones y Pensiones debió aplicar el art. 4º última parte, que dice desde 30 años y 1 mes de servicio, 4 salarios mínimos legales vigentes, en forma íntegra, porque el Sub Oficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas, fue beneficiado con el retiro absoluto de la

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fuerzas Armadas de la Nación, por enfermedad contraída en actos de servicios y con los beneficios del Art. 124 de la Ley N° 1.115/97, este artículo le da una protección especial al militar que ha pasado a retiro por enfermedad contraída en acto de servicio, a fin de no dejarlo desprotegido al uniformado que haya sufrido una desgracia durante su permanencia dentro de las Fuerzas Armadas.

### **LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro absoluto.**

Que conforme al Decreto arriba señalado, el retiro del Suboficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas, fue concedido de conformidad a la disposición legal especial que regula este aspecto - la Ley N° 1115/97, que contempla en el Art. 124 : “El personal militar que a consecuencia de accidente, enfermedad o herida contraída en actos de servicio, quedare inválido para el servicio activo o falleciere como consecuencia de ello, previo informe de la Junta de Reconocimiento Médico, podrá ser promovido al grado inmediato superior y pasado a la inactividad, o dado de baja por fallecimiento con haberes de retiro o pensión íntegra correspondiente al nuevo grado, cualquiera fuere el tiempo de servicio que tuviere”; y así por DECRETO N° 7407 de fecha 27 de abril de 2006 (fjs. 13/14) se amplía el Decreto N° 4491/2004 por el cual se concede el Retiro Absoluto del Cuadro Permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación, con los beneficios del Art. 124 de la Ley N° 1125/97 del Estatuto del Personal Militar, es así que ambos Decretos no fueron cuestionados por las partes litigantes.

### **LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Retiro absoluto.**

Resaltando la lectura del Considerando del Decreto N° 7407/2006, la existencia del Acta N° 26 del 11 de octubre de 2000, Junta Médica de Reconocimiento médico de las Fuerzas Armadas de la Nación, (fjs. 108 copia en autos) en donde se le diagnosticó que la enfermedad contraída por el referido Suboficial fue en acto de servicios (Dx: “Artrrosis de rodilla derecha”) y, por ende, en el Decreto se le beneficia al Suboficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas con el Art. 124 de la Ley N° 1115/97, y no se observa otro dictamen distinto que arruine el diagnóstico que sirviera de base al Decreto individualizado.

Atendiendo que, al momento en que se acordó el retiro, José Benito Salcedo Rojas reunía las condiciones y requisitos necesarios para ser beneficiado con el Art. 124 de la Ley N° 1115/97 y al ser una circunstancia especial de haber contraído un enfermedad estando en servicio activo, que genera una apreciación distinta respecto al ascenso y pago de retiro Art. 49 de la Ley N° 4493/11 y Art. 124 de la Ley N° 1115/11, está correcto el cuestionamiento realizado por el actor respecto a la Resolución N° 1845 del 21 de agosto del 2013 dictada por La Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, coincidiendo los fundamentos del fallo del A-quo y corresponde la confirmación de la resolución recurrida.

**C.S.J. Sala Penal. 09/06/2016 “José Benito Salcedo Rojas c/ Resolución N° 1.845 del 21 de agosto de 2013 dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 731).**

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor Sindulfo Blanco DIJO: La parte Recurrente, Abogado Fiscal FERNANDO R. CUBILLA del Ministerio de Hacienda, desistió del Recurso de Nulidad (fs. 216 de autos), sin embargo previa revisión, como no se avizoran vicios o defectos que ameriten la declaración de nulidad de oficio, por los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde DESESTIMAR EL RECURSO DE NULIDAD. ESMI VOTO.

A sus turnos, los Ministros Dres. ALICIA PUCHETA DE CORREA y LUIS MARÍA BENITEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto del Ministro preopinante por sus mismos fundamentos. ASÍ VOTARON.

LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el Ministro BLANCO, DIJO QUE: POR Acuerdo y Sentencia N° 359 de fecha 19 de noviembre de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas – Primera Sala, se RESOLVIÓ: 1.-

“HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa planteada por el Sr. JOSE BENITO SALCEDO ROJAS C/ RESOLUCION DGJP – B N° 1845 DEL 21 DE AGOSTO DEL 2013 DICTADA POR LA DIRECCION GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA de conformidad a lo dispuesto en el exordio de la presente resolución. 3.- IMPONER LAS COSTAS a la perdidosa. 4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”; (a fjs. 196/207 – tomo I de autos).

Prosiguiendo la alocución, se procede al estudio de los agravios expresados por el Abogado Fiscal FERNANDO R. CUBILLA del Ministerio de Hacienda, respecto a la considerada, errada interpretación que el A-quo asumió, con relación a que el Sr. JOSE BENITO SALCEDO ROJAS debería de percibir la suma de Gs. 6.632.900, correspondiente al grado jerárquico de Suboficial Principal, revocando la Resolución DGJP — B N° 1845 de fecha 21 de agosto de 2013.

Alegó que, el A-quo no ha considerado que el haber jubilatorio ha sido materializado en base a un acto administrativo de conformidad a las Leyes Nros. 2.345/2003, 1.115/1997 y 4.493/2011. Asimismo, reitera que, en toda la gestión administrativa la Dirección de Jubilaciones y Pensiones no ha hecho más que dar cumplimiento, en tiempo y forma, a las prescripciones legales vigentes y por ende, corresponde que los actos administrativos dictados por su principal sean confirmados en todos sus términos.

Señalando que, la Dirección de Jubilaciones y Pensiones ha otorgado la mensualidad del grado inmediato - que es la categoría de Sub-Oficial Principal con haber mensual de Gs. 4.803.200 conforme al Art. 124 de la Ley 1115/97 y a sus años de servicios que ascienden a 23 años y 3 meses, y conforme a la aplicación de la Ley N° 4493/2011.

Que, la Administración ha obrado en consecuencia al haber promovido al grado que el Sr. José Benito Salcedo ostentaba como Sub-Oficial Mayor y por Decreto N° 1809 del 20 de febrero de 2004, y se realizó el ascenso al Grado inmediato superior de Sub-Oficial Principal y que luego por el Decreto N° 7407 del 27 de abril de 2006, se amplió el Decreto anterior señalado y se le concedió el Retiro Absoluto al Sub-Oficial Principal José Benito Salcedo con los beneficios del Art. 124 de la Ley N° 1115/97; asignándole una mensualidad de Gs. 1.129.937 — Res. N° 1996/2005 - que con las actualizaciones quedó en la suma de Gs. 5.803.800, de conformidad a las leyes aplicadas.

Por otro lado mencionó que, el Presupuesto General de la Nación del Ejercicio Fiscal 2014, comprende en su Anexo - las categorías de los Sub-Oficiales según grado y antigüedades decir que el Sr. José Salcedo por sus 23 años y 3 meses, le corresponde la categoría de “M 41” con asignación mensual de Gs. 5.803.800 y mal podría la administración otorgarle una categoría por 30 años de aportes, siendo que él ha aportado solo 23 años y 3 meses. La Ley N° 1115/97 estipula que solo le corresponderá el GRADO IN-MEDIATO SUPERIOR y diferencia las categorías de acuerdo a los años de servicios.

Sostiene que, la Administración de Jubilaciones y Pensiones no se ha apartado de la Ley N° 4493/11, actuando en estricto cumplimiento de la Ley, por ende la presente demanda contencioso administrativa debe ser desestimada y a dicho efecto se planteó el presente recurso por cual solicita REVOCAR Y/O MODIFICAR EL ACUERDO Y SENTENCIA N° 359/2014 dictado por el Tribunal de Cuentas- Primera Sala- conforme a las argumentaciones expuestas, y ratificar los actos administrativos impugnados en el presente juicio. Protesta Costas, y obra in extenso a fojas 216/224 de autos.

Respecto a la contestación del traslado – por la parte Actora, el Abogado EDGAR MANUEL GONZALEZ, alegó lo siguiente (fs. 226/230 de autos), que la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones ha interpretado o aplicado en forma incorrecta el monto que debe percibir su mandante, conforme al Art. 4° apartado 28 última parte de la Ley N° 4493/2011, así como del Art. 124.

Que a fin de resolver el caso conforme a derecho, quiere dejar en claro el art. 12 de la Ley 4493/11 y, con relación al militar que pasa a retiro, en donde establece del personal militar en situación de retiro que percibirá su haber con el sueldo del que está en actividad y correspondencia al grado jerárquico que ostentaba al momento de su retiro, ésta norma es una ley de carácter especial para todos los componentes de la Fuerzas Públicas (Policía y Militar), que han pasado a retiro en forma normal de oficio o por pedido. Sin embargo, los militares que han pasado a retiro con los beneficios del Art. 124 de la Ley N° 1115/97, también (Ley Especial) hace una diferenciación en la forma en que se le debe pagar su haber de retiro, estableciendo hasta ascenso póstumo o al grado inmediato superior y el pago íntegro al nuevo grado sin importar el tiempo de servicios que tienen el militar que pasa en situación de retiro.



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Conforme al detalle de asignaciones y la diferencia reclamada de Gs. 829.100, mencionó que, conforme al Decreto de retiro dictado por el Poder Ejecutivo, el Director de Jubilaciones y Pensiones debió aplicar el art. 4º última parte, que dice desde 30 años y 1 mes de servicio, 4 salarios mínimos legales vigentes, en forma íntegra, porque el Sub Oficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas, fue beneficiado con el retiro absoluto de la Fuerzas Armadas de la Nación, por enfermedad contraída en actos de servicios y con los beneficios del Art. 124 de la Ley N° 1.115/97, este artículo le da una protección especial al militar que ha pasado a retiro por enfermedad contraída en acto de servicio, a fin de no dejarlo desprotegido al uniformado que haya sufrido una desgracia durante su permanencia dentro de las Fuerzas Armadas.

Sostiene que, el Tribunal de Cuentas ha dictado el Acuerdo y Sentencia N° 359/15, haciendo lugar a la demanda y que en forma conteste coincidieron en los fundamentos en especial al del Dr. Rodrigo Escobar, también destacando que la vigencia de la Ley N° 4493/11 en el art. 13 dice que entra en vigencia desde el 1 de enero de 2012, y que se ha garantizado la Constitución Nacional – el Art. 46 – respecto a las discriminaciones, y todo en atención a la ley especial que regula este aspecto del haber jubilatorio del 100% relacionado al retiro por enfermedad o accidente producido en acto de servicio. Concluyendo que, corresponde CONFIRMAR en todas sus partes la Acuerdo y Sentencia N° 359 de fecha 19 de noviembre de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas – Primera Sala, imponiendo costas a la perdedora conforme al art. 203 inc. a) del C.P.C.

### ANALISIS DEL CASO:

Dando curso al análisis del presente caso planteado, se constata a fjs. 12 autos que, por DECRETO PRESIDENCIAL N° 4491 de fecha 29 de diciembre de 2004, en CONSIDERACIÓN a que la Auditoría General de Guerra se expidió favorablemente, conforme a los términos del Dictamen Ng 1808/2004, de acuerdo con las disposiciones establecidas en el Art. 124 de la Ley N° 1115/97, “Del Estatuto del Personal Militar”, DECRETÓ conceder el retiro del cuadro permanente de la Fuerzas Armadas de la Nación al Suboficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas.

Que conforme al Decreto arriba señalado, el retiro del Suboficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas, fue concedido de conformidad a la disposición legal especial que regula este aspecto - la Ley N° 1115/97, que contempla en el Art. 124 : “El personal militar que a consecuencia de

accidente, enfermedad o herida contraída en actos de servicio, quedare inválido para el servicio activo o falleciere como consecuencia de ello, previo informe de la Junta de Reconocimiento Médico, podrá ser promovido al grado inmediato superior y pasado a la inactividad, o dado de baja por fallecimiento con haberes de retiro o pensión íntegra correspondiente al nuevo grado, cualquiera fuere el tiempo de servicio que tuviere”; y así por DECRETO N° 7407 de fecha 27 de abril de 20006 (fjs. 13/14) se amplía el Decreto N° 4491/2004 por el cual se concede el Retiro Absoluto del Cuadro Permanente de las Fuerzas Armadas de la Nación, con los beneficios del Art. 124 de la Ley N° 1125/97 del Estatuto del Personal Militar, es así que ambos Decretos no fueron cuestionados por las partes litigantes.

Resaltando la lectura del CONSIDERANDO del Decreto N° 7407/2006, la existencia del Acta N° 26 del 11 de octubre de 2000, JUNTA MEDICA DE RECONOCIMIENTO MEDICO de las Fuerzas Armadas de la Nación, (fjs. 108 copia en autos) en donde se le diagnostico que la enfermedad contraída por el referido Suboficial fue en acto de servicios (Dx: “Artrosis de rodilla derecha”) y, por ende en el Decreto se le beneficia al Suboficial Principal de Caballería José Benito Salcedo Rojas con el Art. 124 de la Ley N° 1115/97, y no se observa otro dictamen distinto que arruine el diagnostico que sirviera de base al Decreto individualizado.

Atendiendo que, al momento en que se acordó el retiro, José Benito Salcedo Rojas reunía las condiciones y requisitos necesarios para ser beneficiado con el Art. 124 de la Ley N° 1115/97 y al ser una circunstancia especial de haber contraído un enfermedad estando en servicio activo, que genera una apreciación distinta respecto al ascenso y pago de retiro Art. 49 de la Ley N° 4493/11 y Art. 124 de la Ley N°1115/11, está correcto el cuestionamiento realizado por el actor respecto a la RESOLUCIÓN N°1845 del 21 de agosto del 2013 Dictada Por La Dirección General De Jubilaciones y Pensiones Del Ministerio De Hacienda, coincidiendo los fundamentos del fallo del A-quo y corresponde la confirmación de la resolución recurrida.

POR TANTO, MI VOTO es por el RECHAZO EL RECURSO DE APELACION interpuesto por el Abogado Fiscal FERNANDO R. CUBILLA, en representación legal del Ministerio de Hacienda, y en consecuencia CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 359 de fecha 19 de noviembre de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas – Primera Sala.

Respecto a la imposición de costas, imponer a la recurrente, parte perdedora, conforme Art. 203 inc. a) del C.P.C. ES MI VOTO.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A sus turnos, los Ministros Dres. ALICIA PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA manifiestan que

Con lo que se dio por terminado el acto firmado SS.EE., todo por Ante mí, de que certifico, quedando acordado la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del Artículo que antecede; la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE

1. DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad.
2. NO HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, por el Abogado Fiscal FERNANDO R. CUBILLA, en representación legal del Ministerio de Hacienda, y en consecuencia CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 359 de fecha 19 de noviembre de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas – Primera Sala, de conformidad al exordio de la presente resolución.
3. IMPONER las costas al apelante.
4. ANOTAR, registrar y notificar.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 735

**Cuestión debatida:** *El meollo de la cuestión se circunscribe a determinar si corresponde o no conceder al Oficial de Policía, la restitución de su antigüedad de egreso (Año 1992 del Colegio de Policía Promoción Comisario Mayor Pedro Ruiz Díaz), la cual perdió al ser dado de baja y no recuperó al ser reincorporado a sus funciones. Debemos mencionar que dicho pedido le fue negado por el Tribunal Ordinario de Calificaciones en base a lo establecido en el Artículo 31 Ley 222/1993 y esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Cuentas Primera Sala, que no hizo lugar a la demanda contencioso administrativa deducida por el Oficial de Policía, contra el Acta N° 3 de fecha 29/10/2009 y confirmó la negativa al pedido.*

**POLICÍA NACIONAL. Baja policial. Reincorporación. Plazo. PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de prueba.**

El actor sostiene que, por culpa de la excesiva duración del supuesto proceso penal, causa no imputable y ajena a su voluntad, no pudo cumplir con los plazos establecidos en la Ley Orgánica Policial, al momento de solicitar tanto su reincorporación al cuadro permanente como la restitución de su antigüedad de egreso (Artículo 31 Ley 222/1993: “Los Oficiales subalternos y Suboficiales del Cuadro Permanente que se reincorporen antes de 1 (un) año, no perderán su antigüedad”).

**POLICÍA NACIONAL. Baja policial. Reincorporación. Plazo. PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de prueba.**

No consta en autos prueba alguna sobre la investigación o proceso penal al cual fue sometido el actor y su duración, pues si bien en su escrito de demanda sostuvo que “...estando a la fecha sobreseídos todos los que presuntamente participaron y oportunamente presentaré copia de dicha resolución”, no presentó en esta causa prueba documental que demuestre la duración exacta de dicho proceso penal. Al no contar con dicha prueba más que relevante y basados solo en sus manifestaciones, no podemos asumir una postura a favor del demandante y en contra de lo establecido en el marco legal vigente (específicamente el artículo 31 de la Ley 222/1993 arriba transcrito), pues era su responsabilidad aportar las pruebas que hacen a su derecho, es decir, sobre él recaía la carga de prueba, no pudiendo trasladar la negligencia de su proceder a una sentencia sobre la cuestión.

**POLICÍA NACIONAL. Baja policial. Reincorporación. Plazo. PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de prueba.**

Conforme resulta planteado el presente recurso, se buscar revocar la resolución judicial que convalidó un acto administrativo emanado del Tribunal Ordinario de Calificaciones, el que fue pretendido en instancia de grado, su revocación y con ello, lograr la pretensión del recurrente, recuperar el grado y su antigüedad, equiparándolo a sus camaradas de remeza, disposición que la Ley Orgánica Policial otorga competencia a otros órganos distinto al que fue objeto de pronunciamiento en el caso de autos.

**C.S.J. Sala Penal. 09/06/2016. “Arsenio Erico Contrera Miranda c/ Acta N° 3 del 29/10/09 Dict. por el Tribunal Ordinario de Calificaciones p/ Oficiales de la Policía Nacional” (Ac. y Sent. N° 735).**

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

**C U E S T I O N E S:**

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: LUIS MARIA BENITEZ RIERA, SINDULFO BLANCO Y ALICIA PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA dijo: El Sr. Arsenio Contrera Miranda, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, si bien fundamentó el recurso de nulidad planteado en el escrito obrante a fs. 67/73, posteriormente, por escrito glosado a fs. 80, presento desistimiento de dicho recurso. Siendo así, corresponde tenerlo por desistido del recurso de nulidad.

Por otro lado, no se observan en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia desestimar por notoriamente improcedente el presente recurso. **ES MI VOTO.**

A su turno los Dres. SINDULFO BLANCO Y ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia No 113 de fecha 9/05/2014 el Tribunal de Cuentas Primera Sala resolvió: 1) No hacer lugar a la demanda contencioso administrativa promovida por el Sr. Arsenio Erico Contrera Miranda, 2) Confirmar el Acta No 3 del 26 de octubre de 2009 dictado por el Tribunal Ordinario de Calificaciones para Oficiales de la Policía Nacional, 3) Imponer las costas a la perdedora, 4) Anotar, registrar, notificar y remitir a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Que, antes de entrar a estudiar el fondo de la cuestión debemos realizar una síntesis de los acontecimientos en sede administrativa que dieron origen a la litis que hoy se nos plantea. Así, consta en autos, que:

## JURISPRUDENCIA

- 15/12/1999 Nombrado Intendente y trasladado el Oficial Arsenio Contrera Miranda a la Comisaría 28 Jefatura de Policía Central

- 19/06/2000 Resolución No 95 en el Sumario Administrativo instruido al Oficial Arsenio Contrera Miranda sobre incumplimiento deliberado de los deberes y obligaciones e insubordinación (supuesta participación en tentativa de golpe de Estado)

- 19/06/2000 Resolución No 234 Confirma la Resolución No 95

- 30/06/2000 Sentencia No 142 en el Sumario Administrativo instruido al Oficial Arsenio Contrera Miranda sobre Abandono de cargo en la Comisaría No 28 Central

- 30/06/2000 Sentencia No 269 Confirma la Resolución No 142

- 26/09/2000 Resolución No 145 resuelve calificar la falta cometida por el Ofic. Primero INTD Arsenio Contrera como grave y sancionarlo con la Baja

- 6/10/2000 Sentencia No 429 Confirma la Resolución No 145

- 11/07/2003 Nota remitida por el Oficial Arsenio Contrera Miranda a la Comandancia de la Policía Nacional solicitando su reincorporación al cuadro permanente de oficiales

- 27/10/2003 el Tribunal de Calificaciones dispone la reincorporación al cuadro permanente en el grado de Oficial Primero de Intendencia al Oficial Arsenio Contrera Miranda

- 2009 (sin fecha cierta según constancias de autos) el Oficial Arsenio Contrera Miranda solicita la restitución de su antigüedad de egreso

- 29/10/2009 por Acta No 3 el Tribunal Ordinario de Calificaciones rechaza el pedido de restitución de antigüedad de egreso

Bien, el meollo de la cuestión se circunscribe a determinar si corresponde o no conceder al Oficial Arsenio Contrera Miranda la restitución de su antigüedad de egreso (Año 1992 del Colegio de Policía Promoción Comisario Mayor Pedro Ruiz Díaz), la cual perdió al ser dado de baja y no recuperó al ser reincorporado a sus funciones. Debemos mencionar que dicho pedido le fue negado por el Tribunal Ordinario de Calificaciones en base a lo establecido en el Artículo 31 Ley 222/1993 y esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Cuentas Primera Sala, que no hizo lugar a la demanda contencioso administrativa deducida por el Oficial Arsenio Contrera Miranda contra el Acta No 3 de fecha 29/10/2009 y confirmó la negativa al pedido.

Que, en primer lugar, llama la atención el gran periodo de tiempo (6 años) entre la reincorporación al cuadro permanente del Oficial Arsenio Contrera Miranda (octubre de 2003) y el pedido de restitución de su antigüedad de egreso (2009 – sin fecha cierta según constancia de autos).

Por otro lado, si bien el Oficial Arsenio Contrera Miranda por Nota de fecha 11/07/2003 solicitó su reincorporación al cuadro permanente de Oficiales y fue reincorporado efectivamente por orden del Tribunal de Calificaciones, quedando claro que su baja se dio luego del correspondiente sumario administrativo, no es menos cierto que la causa de la baja fue denunciada al Ministerio Público, donde según palabras del propio actor de esta demanda, se inició una investigación penal en averiguación de los hechos acontecidos el 18 y 19 de mayo de 2000 (tentativa de golpe). Ahora bien, el actor sostiene que por culpa de la excesiva duración del supuesto proceso penal, causa no imputable y ajena a su voluntad, no pudo cumplir con los plazos establecidos en la Ley Orgánica Policial, al momento de solicitar tanto su reincorporación al cuadro permanente como la restitución de su antigüedad de egreso (Artículo 31 Ley 222/1993: “Los Oficiales subalternos y Suboficiales del Cuadro Permanente que se reincorporen antes de 1 (un) año, no perderán su antigüedad”). Sin embargo, no consta en autos prueba alguna sobre la investigación o proceso penal al cual fue sometido el actor y su duración, pues si bien en su escrito de demanda sostuvo que “...estando a la fecha sobreseídos todos los que presuntamente participaron y oportunamente presentaré copia de dicha resolución”, no presentó en esta causa prueba documental que demuestre la duración exacta de dicho proceso penal. Al no contar con dicha prueba más que relevante y basados solo en sus manifestaciones, no podemos asumir una postura a favor del demandante y en contra de lo establecido en el marco legal vigente (específicamente el artículo 31 de la Ley 222/1993 arriba transcripto), pues era su responsabilidad aportar las pruebas que hacen a su derecho, es decir, sobre él recaía la carga de prueba, no pudiendo trasladar la negligencia de su proceder a una sentencia sobre la cuestión.

Que, otra cuestión también argumentada por el actor pero tampoco probada es el hecho que supuestamente el mismo había intentado en varias oportunidades su reincorporación a las filas de la Policía Nacional aun antes de que se cumpliera el año de habersele dado de baja. Consecuentemente, no existiendo pruebas en el expediente sobre dicha cuestión, ensayada como agravio, se da por inexistente. Por otro lado, el actor también cuestiona la

validez de la resolución que le aplicó la sanción de baja, sin embargo debemos hacer notar al recurrente que dicha cuestión no forma parte del debate que nos ocupa, siendo un asunto totalmente ajeno a esta causa.

Por lo demás, de la lectura y análisis del escrito de expresión de agravios (fs. 67/73), se advierte que el mismo no muestra mayores diferencias con el escrito de demanda, pues el actor solo hizo un repaso extenso y cansino de los mismos argumentos esbozados en la instancia de grado.

En base a lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor, Arsenio Contrera Miranda, y en consecuencia confirmar in totum el Acuerdo y Sentencia N° 113 de fecha 9 de mayo de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas – Primera Sala, en base a las consideraciones expuestas precedentemente. En cuanto a las costas, corresponde que las mismas sean impuestas al apelante (art. 203 inc. a) del Código Procesal Civil). ES MI VOTO.

A SU TURNO, EL MISITRO DR. SINDULFO BLANCO DIJO: No comparto lo expuesto por el preciado colega de Sala, dado que no es permitida una revaloración de las etapas ya juzgadas con anterioridad, correspondiendo a ésta Sala Penal, actuar como órgano revisor de las decisiones de los Tribunales inferiores, el Tribunal de Cuentas, específicamente para el presente caso.

Encuentro que el apelante de autos, atacó un Acta del Tribunal Ordinario de Calificaciones para Oficiales de la Policía Nacional, sin que resulte posible en la presente fase procesal, expedirme, ni tan siquiera analizar la viabilidad de la misma ante este fuero especializado, ya que ello no fue objeto de impugnación.

Al respecto comparto lo resuelto por el voto en mayoría en el Tribunal de Cuentas, por lo que resulta coincidente al voto de quien me antecedió en la presente resolución, pero decisión que asumo basando en otros fundamentos, como que la antigüedad reclamada nuevamente por ante esta instancia revisora, lo hace solicitando lograr el grado de la remesa de la cual, el apelante egresó como Oficial de la Policía de la Capital.

Pese a haber sido sostenido la no agregación de instrumentales que acredite lo sostenido por el demandante, hoy recurrente, encuentro suficiente valor probatorio en el legajo personal del actor de la presente demanda contencioso administrativa, específicamente a la obrante a fojas 37 de estos autos, en el cual, consta que por Decreto del Poder Ejecutivo N°



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

11453 fe sancionado con la baja del cuadro permanente, siendo reincorporado a filas policiales por Decreto P.E. N° 1161, todo ello conforme lo dispone el artículo 58 de la Ley N° 222/93.

Dicha situación encuentra normada en el artículo 31 de la Ley N° 222/93 “ORGANICA POLICIAL” que transcrito dispone: “Los Oficiales subalternos y Sub Oficiales del Cuadro Permanente que se reincorporen antes de 1 (un) año, no perderán su antigüedad”.

Entre la aplicación de la medida punitoria y su reintegro al cuadro permanente, transcurrió con excesos, el plazo previsto en el artículo transcrito, lo que ya torna improcedente al recurso de apelación interpuesto, pero a más de ello, la variación del grado, no compete al Tribunal de Calificaciones, al artículo 156 de la Ley Orgánica Policial, conforme resulta de las funciones de dicho ente calificador, no es el órgano competente a fin de dar solución a la cuestión planteada.

Sin embargo, conforme resulta planteado el presente recurso, se buscar revocar la resolución judicial que convalidó un acto administrativo emanado del Tribunal Ordinario de Calificaciones, el que fue pretendido en instancia de grado, su revocación y con ello, lograr la pretensión del recurrente, recuperar el grado y su antigüedad, equiparándolo a sus camaradas de remeza, disposición que la Ley Orgánica Policial otorga competencia a otros órganos distinto al que fue objeto de pronunciamiento en el caso de autos.

Por las razones expuestas, el recurso de apelación debe ser rechazado y confirmado el Acuerdo y Sentencia N° 113 de fecha 09 de mayo de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, con imposición de costas por su orden, posición fundada en el artículo 193, cuya aplicación motivo en el evidente sentir de amparo jurídico del recurrente y el actuar negligente de su adversa, cuyo derecho fue dado por decaído por A. I. N° 391 de fecha 26 de marzo de 2015, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (fs. 79). Es mi voto.

A SU TURNO LA MINISTRA DRA. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA DIJO: que se adhiere al voto del Ministro Preopinante, Dr. Luis María Benítez Riera, por sus mismos fundamentos.

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

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

## JURISPRUDENCIA

### RESUELVE:

- 1-) TENER POR DESISTIDO al recurrente del Recurso de Nulidad.
- 2-) NO HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por el Sr. Arsenio Contrera Miranda, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, y, en consecuencia,
- 3-) CONFIRMAR in tottum el Acuerdo y Sentencia N° 113 de fecha 9 de mayo de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas – Primera Sala.
- 4-) IMPONER las costas a la parte perdedora.
- 5-) ANOTAR y notificar.

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco.

Ante Mí: Norma Dominguez V. Secretaria.

\*\*\*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 967

***Cuestión debatida:** La cuestión controvertida sometida a estudio en estos autos, se basa en la interpretación y aplicación de dos normas, por un lado está la Ley 1115/1997 “Del Estatuto Militar” y por el otro la Ley 4493/2011 “Que establece los montos de la escala del sueldo básico mensual y otras remuneraciones de los integrantes de las fuerzas públicas”, el recurrente sostiene que la segunda norma citada deroga a la primera y por su parte la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, hace aplicación de ambas normas para calcular los haberes de retiro, criterio también utilizado por el Tribunal inferior.*

### **LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. JUBILACIÓN. Personal militar.**

Ahora bien, a los efectos de la determinación de los haberes de retiro del personal militar se puede observar que el Art. 12 de la Ley 4493/2011 modificado por la Ley 4670/2012 dispone: “Los componentes de la Fuerzas Públicas que se encuentren en situación de retiro percibirán sus haberes equiparados con el sueldo del que está en actividad y en correspondencia al

grado jerárquico que ostentaba al momento de su retiro”. La norma transcrita determina que la administración se encuentra obligada a realizar la equiparación salarial del personal militar en estado de retiro con el personal en estado activo, aplicando esta normativa al caso de autos se tiene que el Sr. Rosa Agustín Oviedo González, posee la jerarquía de Suboficial (fs. 108), con 16 años de antigüedad (fs. 89), atendiendo el grado jerárquico y la antigüedad, a los efectos de la equiparación se debe recurrir a lo dispuesto en el Art. 4 de esta misma ley el cual establece “Al suboficial en actividad le corresponde como Sueldo Básico Mensual, conforme a la siguiente escala: ...Desde 16 años y un mes de servicio, 2 salarios mínimos + el 60% (sesenta por ciento) del salario mínimo vigente...”, hasta este punto no existen criterios divergentes entre actor y demandada en lo que respecta a la aplicación de la normas.

**LEY N° 115/97 ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. LEY N° 4493 /11. Establece los montos de la escala del sueldo básico mensual y otras remuneraciones de los integrantes de las Fuerzas Públicas.**

Pero el Art. 11 de la Ley 4493/2011 dispone: “Los componentes de las fuerzas públicas que fueron beneficiados por el poder ejecutivo con la situación de retiro percibirán el 100% (cien por ciento) de su haber de retiro. Si fueron dados de baja y/o baja deshonrosa percibirán sus haberes conforme al tiempo porcentualmente aportado”, la norma transcrita determina dos variantes en la forma en que el personal de las fuerzas públicas percibirá sus haberes de retiro, por un lado están los que pasaron a retiro beneficiados por el Poder Ejecutivo (perciben el 100%), y por el otro los que fueron dados de baja y/o baja deshonrosa (calcula porcentual en base al tiempo aportado), en el caso que nos ocupa impera la segunda variante en razón de que por Decreto N° 11873 del 21 de febrero de 2008, dictado por la Presidencia de la República, se dio la baja deshonrosa del Suboficial ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ, por lo tanto sus haberes de retiro deben' estimarse en base al tiempo porcentualmente aportado. Para realizar la estimación los haberes conforme al tiempo porcentualmente aportado, necesariamente debemos remitirnos al Art. 188 de la Ley 1115/1997 “Del estatuto militar”, el cual establece: “El haber de retiro será proporcional al tiempo de servicio continuado en actividad de acuerdo a la siguiente escala de porcentajes 16 años 53%”, siendo por lo tanto, este el porcentaje que debe tenerse en cuenta

para calcular los haberes del recurrente ya que su retiro se dio por medio de baja deshonrosa.

**LEY 1115/97 ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. JUBILACIÓN. Personal Militar.**

Para realizar la estimación los haberes conforme al tiempo porcentualmente aportado, necesariamente debemos remitirnos al Art. 188 de la Ley 1115/1997 “Del estatuto militar”, el cual establece: “El haber de retiro será proporcional al tiempo de servicio continuado en actividad de acuerdo a la siguiente escala de porcentajes: ...16 años ...53%”, siendo por lo tanto, este el porcentaje que debe tenerse en cuenta para calcular los haberes del recurrente ya que su retiro se dio por medio de baja deshonrosa.

En este punto, debo dejar en claro que el Art. 14 de Ley 4493/2011 no deroga a la Ley 1115/1997, ya que no son contrarias, sino que ambas normativas se complementan, esto en razón de que la primera determina las reglas de equiparación salarial, la escala de salarios y forma en que deben calcularse los haberes de retiro y la segunda determina los porcentajes que deben tenerse en cuenta para el cálculo de los haberes de retiro del personal militar.

**C.S.J. Sala Penal. 19/07/2016. “Rosa Agustín Oviedo González c/ Res. DPNC N° 1.423 del 3/07/13 Dictado por el Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 967).**

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA, BENÍTEZ RIERA Y BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LAMINISTRA PUCHETA DE CORREA, DIJO: El recurrente no fundamentó el Recurso de Nulidad. Por lo demás, no se advierten en el fallo n recurrido vicios o defectos que justifiquen la declaración de nulidad, en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Por lo tanto, corresponde desestimar el Recurso de Nulidad. ES MI VOTO.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A sus turnos, los Ministros BENÍTEZ RIERA Y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto que antecede por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA MINISTRA PUCHETA DE CORREA, prosiguió diciendo: El Tribunal de Cuentas 2a Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 300 de fecha 20 de marzo del 2.014, resolvió: “HACER LUGAR PARCIALMENTE a la presente demanda Contencioso Administrativa planteada por la Sra. ROSA AGUSTIN OVIEDO GONZALEZ, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, contra Resolución N° 1423, de fecha 03 de julio de 2013, dictada por la DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA y, en consecuencia; REVOCAR la Resolución N° 1423, de fecha 03 de julio de 2013, dictada por la DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA y de conformidad debiendo en consideración permanecer fijados en la suma de Gs. 2.513.548 (Guaraníes Dos Millones Quinientos Trece Mil Quinientos Cuarenta y Ocho) en aplicación correcta del 53% por los 16 años y 1 mes de servicios prestados a la patria. Y por ende ordenar el pago de los haberes atrasados desde la entrada en vigencia de la Ley 4493/11 en fecha 14 de setiembre de 2011; IMPONER LAS COSTAS a la perdidosa; NOTIFICAR, registrar, remitir...”

Con motivo de la fundamentación del recurso de apelación el Sr. ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ, manifestó que el tribunal inferior ha cometido un error gravísimo de análisis, interpretación y desconocimiento de la normativa aplicable al presente caso, ya que ha aplicado el Art. 118 de la Ley 1115/1997, que anteriormente establecida una escala porcentual para la asignación de los haberes de retiro ha sido totalmente derogada por la Ley 4493/2011, ya que la misma en su Art. 14 deroga todas las leyes que le sean contrarias, por lo tanto a los efectos de realizar el calculo de sus haberes de retiro debió haber sido utilizado el Art. 4 de la Ley 4493/2011, el cual teniendo en cuenta sus 16 años y un mes servicios prestados a la patria, le otorgaría en concepto de haber de retiro lo equivalente 2 salarios mínimos más el 60% de un salario mínimo vigente, lo que daría la suma de Gs. 4.742.543, y no la suma que erróneamente le ha otorgado el juez a -quo por la errónea aplicación de una norma derogada, razón por la cual solicita sea revocada la sentencia recurrida haciendo lugar a su pretensión.

Por su parte, la Abogada Fiscal del Ministerio de Hacienda EDITH MAIDA FLECHA FLECHA, con motivo de la contestación del traslado del presente recurso manifestó que el Tribunal inferior no ha vulnerado derechos constitucionales y legales del accionante, realizando una correcta aplicación de las normas para el caso específico, razón por la cual la sentencia recurrida tiene que ser confirmada.

Vistas las posturas de las partes es momento de pasar al estudio de la cuestión controvertida, para dar inicio a este análisis es preciso realizar relato introductorio de los hechos que dieron pie a la presente demanda, es así que por Decreto N° 11873 del 21 de febrero de 2008, dictado por la Presidencia de la República, se dio la baja deshonrosa del Suboficial ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ (fs. 27/28); luego el mismo en fecha 1 de agosto de 2011 se presenta a solicitar sus haberes de retiro (fs. 22), el cual le fue otorgado por Resolución N° 2865 del 24 de octubre de 2011, dictada por la DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA (fs. 48), decisión ampliada por Resolución N° 2873 del 18 de julio de 2012 (fs. 96); consecuentemente el Sr. ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ se presentó a solicitar la actualización y equiparación de su haber jubilatorio (fs. 104); a lo que la administración a través del MH/SSEAF/DJHR/INFÓRME N° 507/2013 de fecha 17 de abril de 2013 informa que ha procedido a la equiparación del sueldo del Sr. ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ, dejándolo sentado en Gs. 2.285.042 (fs. 107/108); finalmente esta decisión agravia al actor, el cual plantea un recurso de reconsideración que es rechazado por DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA (fs. 117/118), situación que da pie a la presente demanda.

La cuestión controvertida sometida a estudio en estos autos, se basa en la interpretación y aplicación de dos normas, por un lado está la Ley 1115/1997 “Del estatuto militar”, y por el otro la Ley 4493/2011 “Que establece los montos de la escala del sueldo básico mensual y otras remuneraciones de los integrantes de las fuerzas públicas”, el recurrente sostiene que la segunda norma citada deroga a la primera y por su parte la DIRECCIÓN GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA, hace aplicación de ambas normas para calcular los haberes de retiro, criterio también utilizado por el Tribunal inferior.

Ahora bien, a los efectos de la determinación de los haberes de retiro del personal militar se puede observar que el Art. 12 de la Ley 4493/2011

modificado por la Ley 4670/2012 dispone: “Los componentes de la Fuerzas Públicas que se encuentren en situación de retiro percibirán sus haberes equiparados con el sueldo del que está en actividad y en correspondencia al grado jerárquico que ostentaba al momento de su retiro”. La norma transcrita determina que la administración se encuentra obligada a realizar la equiparación salarial del personal militar en estado de retiro con el personal en estado activo, aplicando esta normativa al caso de autos se tiene que el Sr. ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ, posee la jerarquía de Suboficial (fs. 108), con 16 años de antigüedad (fs. 89), atendiendo el grado jerárquico y la antigüedad, a los efectos de la equiparación se debe recurrir a lo dispuesto en el Art. 4 de esta misma ley el cual establece “Al suboficial en actividad le corresponde como Sueldo Básico Mensual, conforme a la siguiente escala: ...Desde 16 años y un mes de servicio, 2 salarios mínimos + el 60% (sesenta por ciento) del salario mínimo vigente...”, hasta este punto no existen criterios divergentes entre actor y demandada en lo que respecta a la aplicación de la normas.

Pero el Art. 11 de la Ley 4493/2011 dispone: “Los componentes de las fuerzas públicas que fueron beneficiados por el poder ejecutivo con la situación de retiro percibirán el 100% (cien por ciento) de su haber de retiro. Si fueron dados de baja y/o baja deshonrosa percibirán sus haberes conforme al tiempo porcentualmente aportado”, la norma transcrita determina dos variantes en la forma en que el personal de las fuerzas públicas percibirá sus haberes de retiro, por un lado están los que pasaron a retiro beneficiados por el Poder Ejecutivo (perciben el 100%), y por el otro los que fueron dados de baja y/o baja deshonrosa (calcula porcentual en base al tiempo aportado), en el caso que nos ocupa impera la segunda variante en razón de que por Decreto N° 11873 del 21 de febrero de 2008, dictado por la Presidencia de la República, se dio la baja deshonrosa del Suboficial ROSA AGUSTÍN OVIEDO GONZÁLEZ, por lo tanto sus haberes de retiro deben' estimarse en base al tiempo porcentualmente aportado.

Para realizar la estimación los haberes conforme al tiempo porcentualmente aportado, necesariamente debemos remitirnos al Art. 188 de la Ley 1115/1997 “Del estatuto militar”, el cual establece: “El haber de retiro será proporcional al tiempo de servicio continuado en actividad de acuerdo a la siguiente escala de porcentajes: ..16 años ...53%”, siendo por lo tanto, este el porcentaje que debe tenerse en cuenta para calcular los haberes del recurrente ya que su retiro se dio por medio de baja deshonrosa.

## JURISPRUDENCIA

En este punto, debo dejar en claro que el Art. 14 de Ley 4493/2011 no deroga a la Ley 1115/1997, ya que no son contrarias, sino que ambas normativas se complementan, esto en razón de que la primera determina las reglas de equiparación salarial, la escala de salarios y forma en que deben calcularse los haberes de retiro y la segunda determina los porcentajes que deben tenerse en cuenta para el cálculo de los haberes de retiro del personal militar.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas corresponde confirmar en todos sus puntos el Acuerdo y Sentencia N° 300 del 20 de agosto de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas 2ª Sala.

COSTAS: Corresponde imponerlas al recurrente de conformidad al inc. a) del Art. 203 del C.P.C.

A su turno los DRES. LUIS MARIA BENITEZ RIERA y SINDULFO BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra DRA. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA por los mismos fundamentos.

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

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

1. DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR en todos sus puntos el Acuerdo y Sentencia 300 del 20 de agosto de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas, 2ª Sala, conforme a lo expuesto en el considerando de la presente resolución.
3. IMPONER las costas al recurrente.
4. ANOTESE, regístrese y notifíquese.

Ministros: Alicia Pucheta, Luis Maria Benítez Riera y Sindulfo Blanco.

Ante mi Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*



ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.259

**Cuestión debatida:** *En el fallo en cuestión se estudian los agravios de la parte recurrente a la sentencia obtenida en la Instancia contenciosa administrativa, por la que se ha acogido favorablemente la pretensión un personal militar retirado de forma absoluta por Decreto del Poder Ejecutivo, quien tras haber solicitado la actualización de sus haberes jubilatorios en sede administrativa ha obtenido un ajuste del monto que y a la vez el pago retroactivo de los referidos haberes.*

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS.**

Que, para dar con la solución en el presente expediente, inicialmente debemos mencionar que por el Decreto N° 3613 de fecha 15 de diciembre de 2009, se confirió al actor el beneficio acordado en el Art. 124 de la Ley N° 1115/97 “Del Estatuto del Personal Militar” y se acordó su retiro absoluto de las Fuerzas Armadas de la Nación (fs. 14/15). En ese orden de cosas, realizando una observación minuciosa de las constancias obrantes en autos y las pruebas arrimadas por las partes, es imperioso mencionar como requisito fundamental lo que establecen las leyes al respecto. El artículo 124 de la Ley 1115/97, mencionado en el Decreto que favoreció al actor expresa cuanto sigue: “El personal militar que a consecuencia de accidente, enfermedad o herida contraída en actos de servicio, quedare invalido para el servicio activo o falleciere como consecuencia de ello, previo informe de la Junta de Reconocimiento Médico, podrá ser promovido al grado inmediato superior y pasado a la inactividad, o dado de baja por el fallecimiento con haberes de retiro o pensión íntegra correspondiente al nuevo grado, cualquiera fuere el tiempo de servicio que tuviere”. Mientras que el Art. 12 de la Ley 4493/11, utilizado por la administración para calcular el haber que corresponde al actor establece: “Los componentes de las Fuerzas Públicas que se encuentren en situación de retiro percibirán sus haberes equiparados con el sueldo del que está en actividad y en correspondencia al grado jerárquico que ostentaba al momento de su retiro”.

**PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de irretroactividad.**

Que, como podemos observar, el Decreto por el cual se acordó el beneficio al actor, es de fecha 15 de diciembre de 2009, cuando aún no se encontraba vigente la Ley N° 4493/11, siendo este uno de los motivos principales por los cuales se debe rechazar el presente recurso de apelación, pues claramente el Decreto establece que se deben cumplir con los beneficios que menciona el Art. 124 de la Ley 1115/97 y una ley posterior no puede modificar lo anteriormente establecido y correspondido. Por ello, en virtud a lo dispuesto en el Art. 2 del Código Civil que expresa: “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa, o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido”, se debe confirmar la resolución del Tribunal de Cuentas y otorgar el haber jubilatorio que corresponde al actor con la jerarquía correspondiente.

**C.S.J. Sala Penal. 8/09/2016. “Carmelo Sosa Román c/ Res. DGJP N° 1.278 del 26/04/12 Dictado por la Dir. Jub. y Pens. del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 1.259).**

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 nula la sentencia apelada?

En caso contrario, se halla ella ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BENITEZ RIERA, PUCHETA DE CORREA Y BLANCO

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA DIJO: El recurrente no ha fundado específica y concretamente el Recursos de Nulidad planteado, por lo que se los tiene que tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en términos autorizados por los arts. 113 y 404 del C.P.C. Corresponde en consecuencia tener por desistido al presente Recurso. ES MI VOTO.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 194 de fecha 28 de agosto de 2014, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió: “1.- HACER LUGAR, a la presente demanda contencioso administrativa promovida por CARMELO SOSA ROMAN C/ RESOLUCION DGJP N° 1278 DEL 26 DE ABRIL DE 2012 DICTADA POR LA DIRECCION DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA

y, en consecuencia corresponde, 2) REVOCAR el acto administrativo impugnado en la presente demanda, individualizado como Resolución DGJP N° 1278 de fecha 26 de abril de 2012 de la Dirección de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda y, por lo tanto, disponer que el Ministerio de Hacienda abone retroactivamente al actor desde la fecha del acto administrativo impugnado la diferencia resultante entre los haberes ya percibidos y los haberes establecidos en la presente Resolución por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; 3) IMPONER las costas a la perdedora; y 4) ANOTAR, registrar...”.

Que, corresponde poner de resalto que el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, ha fundado su decisión de hacer lugar a la demanda con voto en mayoría, por los siguientes fundamentos: “...según las constancias de autos el recurrente prestó veintitrés años y cinco meses de servicios, por lo tanto le corresponde la jerarquía de Sub Oficial Mayor de conformidad a la tabla anexa a fs. 3 de estos autos. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda procedió a otorgarle haber jubilatorio correspondiente a la jerarquía de Sub Oficial Superior de conformidad al Decreto N° 3613/09 del Poder Ejecutivo y al art. 124 más arriba transcripto. Que según la tabla de sueldos del Ministerio de Defensa Nacional (fs. 3) al Sub Oficial Principal con categoría M41 le corresponde el sueldo de Gs. 4.803.200 en el primer semestre y 5.803.800 en el segundo semestre, monto que ha percibido por el recurrente. Que sin embargo, de las constancias agregadas a autos surge que el actor debe percibir íntegramente el haber de retiro correspondiente a un Sub Oficial Principal, es decir, a su nuevo grado otorgado de conformidad al Art. 124 del Estatuto del Personal Militar, más arriba transcripto. En efecto, de acuerdo a la tabla obrante a fs. 3 de autos el accionante debe percibir en concepto de haber de retiro la suma de Gs. 5.217.000 en el primer semestre y Gs. 6.631.900 en el segundo semestre. Que la petición del actor de percibir el haber jubilatorio

de un Sub Oficial Principal con treinta años y un mes de servicios deviene ajustada a derecho, habida cuenta que por los años que el mismo prestó servicios (veintitrés años y cinco meses) al mismo le correspondía la jerarquía de Sub Oficial Mayor y, de conformidad al beneficio otorgado por el art. 124 del Estatuto del Personal Militar, le corresponde la jerarquía de Sub Oficial Principal “cualquiera fuere el tiempo de servicio que tuviere”.

Que, la representante del Ministerio de Hacienda, apelante en autos, se agravió en contra del fallo recurrido, manifestando a fs. 96/99 cuanto sigue: “...En el presente caso nos encontramos ante hechos ya realizados, pues el recurrente, en efecto, ha percibido, durante el tiempo de vigencia de la ley, el monto de las bonificaciones que acordaba el Decreto Ley 18/89. El derecho adquirido que se invoca en el presente caso no existe. El derecho adquirido es definido como aquel efectivamente entró en nuestro patrimonio, sobre el cual ejercemos el derecho de propiedad. Debemos recalcar que la controversia, no se refiere a la asignación jubilatoria sino a una “BONIFICACION” prevista en la derogada Ley 18/89, por tanto, no estamos ante un derecho de propiedad. Se trata de una bonificación que se encontraba prevista en el Art. 1 inc. a) del Decreto Ley mencionado, que expresaba: “Artículo 1°.- Los Oficiales Generales y Almirantes de las FF.AA. de la Nación, al acordársele

el retiro gozarán de los mismos derechos y prerrogativas que corresponden a los de igual grado del servicio activo, excepto el ejercicio del mando y tendrán además los beneficios que a continuación se señalan: a) Una bonificación sobre la asignación mensual correspondiente al Oficial Gerente o Almirante en servicio activo, prevista en la Ley de Presupuesto General de Gastos de la Nación e imputado al rubro correspondiente, conforme a la siguiente escala: - del 30% para el General de Ejército; - del 25% para el General de División, Vicealmirante y General de División de Aeronáutica; -del 20% para el General de Brigada, Contralmirante, General de Intendencia, General de Sanidad y otros servicios que se crearen. Se exceptúan a esta disposición los Oficiales Generales y Almirantes mencionados precedentemente que hubieren sido beneficiados con el Art. 125 de la Ley N° 847 del 10 de diciembre de 1980”. Entonces corresponde analizar la naturaleza de la obligación en la cual se encuentra enmarcada el pago de bonificaciones como beneficio extraordinario otorgado por parte del estado a los Oficiales Generales y Almirantes de las FF.AA. en situación de retiro. Destacamos

sobre el punto que, a diferencia de lo que sucede con la jubilación, las bonificaciones no forman parte de los aporte jubilatorios, por tanto carecen del carácter patrimonial que tienen los haberes jubilatorios. Tenemos así que el pago de dicha bonificación se constituye en una concesión unilateral por parte del Estado Paraguayo, que encuentra su origen en el derogado Decreto Ley 18/89...; siendo así no corresponde que el particular siga percibiendo en lo sucesivo la bonificación, puesto que el origen de la obligación se extinguió al derogarse el decreto ley otorgaba. No existe obligación alguna por parte del Estado de continuar pagando en monto de la bonificación que actualmente ya no cuenta con sustento legal...”

Que, la cuestión propuesta, refiere a la situación del actor, Señor Carmelo Sosa Román, militar retirado de forma absoluta por Decreto del Presidente de la Republica, quien tras haber solicitado la actualización de sus haberes jubilatorios en sede administrativa (obteniendo respuesta negativa), pretende a través de la presente demanda, que se realice un ajuste del monto que dice le corresponde, y a la vez el pago retroactivo de los referidos haberes. Mientras que el representante del Ministerio de Hacienda dice haber utilizado correctamente la legislación vigente el momento de la realización del cálculo solicitado.

Que, para dar con la solución en el presente expediente, inicialmente debemos mencionar que por el Decreto N° 3613 de fecha 15 de diciembre de 2009, se confirió al actor el beneficio acordado en el Art. 124 de la Ley N° 1115/97 “Del Estatuto del Personal Militar” y se acordó su retiro absoluto de las Fuerzas Armadas de la Nación (fs. 14/15). En ese orden de cosas, realizando una observación minuciosa de las constancias obrantes en autos y las pruebas arrimadas por las partes, es imperioso mencionar como requisito fundamental lo que establecen las leyes al respecto. El artículo 124 de la Ley 1115/97, mencionado en el Decreto que favoreció al actor expresa cuanto sigue: “El personal militar que a consecuencia de accidente, enfermedad o herida contraída en actos de servicio, quedare invalido para el servicio activo o falleciere como consecuencia de ello, previo informe de la Junta de Reconocimiento Médico, podrá ser promovido al grado inmediato superior y pasado a la inactividad, o dado de baja por el fallecimiento con haberes de retiro o pensión integra correspondiente al nuevo grado, cualquiera fuere el tiempo se servicio que tuviere”. Mientras que el Art. 12 de la Ley 4493/11, utilizado por la administración para calcular el haber que corresponde al

actor establece: “Los componentes de las Fuerzas Públicas que se encuentren en situación de retiro percibirán sus haberes equiparados con el sueldo del que está en actividad y en correspondencia al grado jerárquico que ostentaba al momento de su retiro”.

Que, como podemos observar, el Decreto por el cual se acordó el beneficio al actor, es de fecha 15 de diciembre de 2009, cuando aún no se encontraba vigente la Ley N° 4493/11, siendo este uno de los motivos principales por los cuales se debe rechazar el presente recurso de apelación, pues claramente el Decreto establece que se deben cumplir con los beneficios que menciona el Art. 124 de la Ley 1115/97 y una ley posterior no puede modificar lo anteriormente establecido y correspondido. Por ello, en virtud a lo dispuesto en el Art. 2 del Código Civil que expresa: “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa, o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido”, se debe confirmar la resolución del Tribunal de Cuentas y otorgar el haber jubilatorio que corresponde al actor con la jerarquía correspondiente.

Consecuentemente, por todo lo anteriormente expuesto y fundamentado, corresponde no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Abogada Fiscal Nathalia Maria Fretes, en representación del Ministerio de Hacienda, y consecuentemente, confirmar el Acuerdo y Sentencia N° 194 de fecha 28 de agosto de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. En cuanto a las costas, deben imponerse en a la parte perdidosa en virtud del principio general contenidos en los arts. 192 y 203 del C.P.C. **ES MI VOTO.**

A su turno los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO, manifiestan que se adhieren al voto del Mtro. BENITEZ RIERA por los mismos fundamentos.

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

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

**SALA PENAL**

**RESUELVE:**

1- **DESESTIMAR** el recurso de nulidad.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2- NO HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por la Abogada Fiscal Nathalia María Fretes, en representación del Ministerio de Hacienda, y consecuentemente, CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 194 de fecha 28 de agosto de 2014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, conforme a lo expuesto en el considerando de la presente resolución.

3- COSTAS a la perdidosa.

4- ANOTESE, regístrese y notifíquese.

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco

Ante mí: Abg Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.550

**Cuestión debatida:** *Se analiza en grado de apelación el litigio que tuvo su origen en la Resolución N° 394/2010, dictada por el Director General de Jubilaciones y Pensiones, por la cual resolvió Denegar, por improcedente, la pensión como heredero del efectivo militar, Juan González Torre. El rechazo de lo peticionado se fundó en lo dispuesto en el Art. 6° de la Ley 2345/03, debido a que el efectivo militar aún no tenía derecho a la jubilación, es decir no completo los años mínimos de servicios requeridos.*

### **LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo.**

Que dado los argumentos esgrimidos por el ad-quem para hacer lugar a la presente demanda, debo antes de adentrarme a examinar si el art. 6° de la Ley 2.345/03 derogó o no el art. 124 de la Ley N° 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar” en virtud de lo estatuido en el art.18 inc. z) del nombrado plexo legal, abocarme a verificar la aparente conducta contradictoria de la Administración con relación al caso que nos ocupa. Efectivamente, a fs. 20/21 de autos obra el Decreto N° 12.390 de fecha 23 de junio de 2008, firmado por el Presidente de la República de ese entonces Nicanor Duarte Frutos, por el cual se le confiere el ascenso póstumo al grado inmediato superior al Suboficial Tercera Infantería Marina Juan González Torres, por una enfermedad contraída en acto de servicio, dándosele su baja honrosa de

las Fuerzas Armadas de la Nación de conformidad al art.124 y concordantes de la Ley N°. 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”. Es decir que para la máxima autoridad del Poder Ejecutivo como es el Presidente de la República,, pese a la vigencia de la Ley N° 2.345 a partir del año 2003, el art.6 de este cuerpo legal no derogó el art. 124 de la Ley 1.115/97, siguiendo este articulado plenamente vigente en la fecha en que fue emitido el referido Decreto, es decir en el año 2008.

**PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. MINISTERIO DE HACIENDA. Sub Secretaría de Tributación.**

Que llama la atención que siendo la Dirección de Jubilaciones y Pensiones una dependencia de un Ministerio como el de Hacienda, que es un órgano de carácter inferior y subordinado al Poder Ejecutivo, del cual forma parte, cuya representación es ejercida por el Presidente de la República, ignore o desconozca obviando las constancias documentales obrantes en el expediente tramitado en sede administrativa, que para el Presidente de la República mediante la emisión del Decreto 12.390, el art. 124 Ley 115/97 estaba plenamente vigente y no fue derogado por el art. 6° de la Ley 2.345/03 “De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal” como equivocadamente arguye la Resolución N° 394 de fecha 16 de febrero de 2010, emana de dicha dependencia, cuestionada por el actor en la instancia contencioso administrativa. Esta conducta contradictoria por parte de la Administración, es violatoria de lo que se conoce como “Doctrina de los Actos Propios”, lo que debe entenderse que “nadie puede ir contra sus propios actos, debiendo interpretarse dicha regla en el sentido de que toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona u órgano que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta presentación, debe ser desestimada. Esto significa que entre la conducta anterior del titular del Poder Ejecutivo, que esgrimía entre los fundamentos para conceder el ascenso póstumo al grado inmediato superior al suboficial Juan González Torres el art. 124 de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”, que para esta autoridad se encontraba plenamente vigente, y la Resolución N° 394 dictada por el Director General de Jubilaciones y Pensiones, existe una contradicción, que ser subsanada según del sentido de la buena fe que debe siempre prevalecer, debiendo en este caso prevalecer la conducta anterior del Poder Ejecutivo en el sentido antes indicado.



**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo.**

A fin de resolver lo que corresponde en derecho, debemos dejar en claro que con relación al militar que fallece en servicio activo la ley hace una diferenciación entre; el que fallece en cumplimiento de su deber y quien lo hace en otras circunstancias, en cuanto a los beneficios que se les otorga a los herederos. En el caso de autos, estamos ante la primera hipótesis mencionada, y al respecto el artículo 124 de la Ley 1115/97, preceptúa: El personal militar que a consecuencia de un accidente, enfermedad o herida contraída en actos de servicio falleciere como consecuencia de ello... previsto informe de la Junta de Reconocimiento médico, podrá promovido al grado inmediato superior y dado de baja por fallecimiento con haberse de retiro o pensión íntegra correspondiente al nuevo grado, cualquiera sea el tiempo de servicio que tuviere. En cumplimiento a lo dispuesto en este articulado, por el Decreto N° 12.390/08 se Decreto el ascenso póstumo al grado inmediato superior, Suboficial Tercera Infantería Juan González Núñez, y se le dio baja honrosa de la Fuerza Armadas de la Nación por fallecimiento en acto de servicio.

**PODER EJECUTIVO. Ministerio de Hacienda. Sub Secretaría de Tributación. LEY N° 2.345/03 DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL.**

Al haber dado cumplimiento a la citada disposición legal, el Poder Ejecutivo reconoció la validez de la disposición legal invocada por la actora para obtener la cuestionada pensión. No obstante, el Ministerio de Hacienda, organismo dependiente del Poder Ejecutivo, contrariamente la rechaza, alegando la derogación de dicho articulado, por contradecir lo reglado en el artículo 6 de la Ley N° 2.345/03, de forma y sostenibilidad de la caja fiscal Sistema de jubilaciones y pensiones del sector público. Sin embargo, al leer atentamente este articulado, nos percatamos que sólo contempla el caso del militar que fallece en servicio activo, y no de aquel, que fallece en servicio activo pero en cumplimiento de sus obligaciones castrenses. Por tanto, las modificaciones introducidas por esta normativa, entre la que se encuentra el requerido de haber cumplido 15 años de servicio para acceder a la pensión, no puede ser aplicadas al caso estudiado en autos. Y, esto puede ser fácilmente corroborado, con la lectura de Ley N° 3217/07, que amplía el Art. 6 de la Ley N° 2345/03, en el sentido de que recién mediante esta

Ley, sufren modificaciones la pensión de los sobrevivientes de efectivos militares y policías que fallecen en servicio activo, pero de igual manera nada establece en cuanto al requisito de haber cumplido 15 años en la función, sino establece el porcentaje que corresponde que sea otorgado.

**C.S.J. Sala Penal. 01/11/2016. “Juan Gonzalez c/ Res. N° 394 del 16/02/10 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 1.550).**

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?.

En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho la Sentencia apelada?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BENITEZ RIERA, BLANCO Y PUCHETA DE CORRERA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL DR. BENITEZ RIERA DIJO: la abogada Fiscal del Ministerio de Hacienda Graciela Bogarín Morel, fundamento el Recurso de Nulidad incoado en las fundamentaciones del Miembro preopinante del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, carecen en absoluto de fundamentaciones legales y no se hallan motivadas. Añadió que los jueces deben cumplir inexorablemente con el imperativo previsto en el art. 15 inc. b) del Código Procesal Civil, normativa de rango constitucional en los términos del art. 137 de la Carta fundamental y del art. 256 segundo párrafo de la Constitución Nacional, que dispone que toda sentencia judicial debe estar fundada en la constitución y en las leyes. Siguió diciendo el nulidicente que la decisión no solo debe ser justa, sino que debe demostrar que lo es. Resaltó que el deber de los jueces de fundar sus fallos constituye una garantía contra la arbitrariedad judicial, sancionada con la nulidad, en su caso de revisión por inconstitucionalidad. Manifestó que en el Acuerdo y Sentencia recurrido, se realiza una fundamentación aparente, se crea la apariencia de fundamentar la sentencia, sin embargo la misma solo contiene simples transcripciones de las manifestaciones esgrimidas por las partes tanto en la presentación de la demanda como en la contestación, en ella el preopinante solo realiza una dialéctica insustancial, una discurso literario con falta de contenido, puesto que no existe una fundamentación jurídica ni lógica. Finalizó diciendo que el vicio de carácter interno contenido

en el Acuerdo y Sentencia hace que el mismo sea arbitrario y consecuentemente nulo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 256 de la Constitución Nacional y el art. 15 del Código Procesal Civil.

Que adentrándome a estudiar el argumento expuesto por el recurrente en contra de la Sentencia de marras, soy del parecer que dicho fallo si bien es escueto en sus fundamentos, de ninguna manera puede decirse que carezca de argumentos legales y motivacionales. La cuestión

de la vigencia o derogación tácita de las leyes aplicables al presente caso, está razonablemente argumentada por parte del ad-quem, por lo que los extremos alegados por el nulidicente no se hallan configurados en el fallo cuestionado.

Que por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los arts. 113 y 404 del C.P.C. Corresponde en consecuencia, desestimar por improcedente el presente Recurso. ES MI VOTO.

A su turno los Dres. BLANCO Y PUCHETA DE CORREA, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N° 300 de fecha 04 de noviembre de 2.014, el Tribunal de Cuentas Primera Sala, resolvió: “1.- HACER LUGAR, a la presente demanda contencioso administrativa instaurada por la Sr. JUAN GONZALEZ NUÑEZ, contra la Resolución DGJP N° 394, de fecha 16 de Febrero de 2010, dictada por el MINISTERIO DE HACIENDA, en consecuencia 2.- REVOCAR la Resolución DGJP N° 394 del 16 de febrero de 2010, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, de conformidad y de acuerdo a los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución, y en consecuencia proceder por donde corresponda a efectivizar el derecho reclamado por el actor a partir del fallecimiento del Suboficial Tercera Infantería Iván González Torres 3.- IMPONER las costas, a la parte vencida. 4.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia (fs. 67/71).

Que la Abogada Fiscal Graciela Bogarín Morel, se agravió en contra del fallo en cuestión, en el sentido que para que la Administración Pública se haya expedido en los términos de la Resolución DGJP N° 394 de fecha 16 de febrero de 2010, por el cual se denegó por improcedente la pensión como heredero del efectivo de las Fuerzas Armadas de la Nación solicitada por el Sr. Juan González Nuñez, los antecedentes inmediatos del recurrente, como

ser que aportó a la Caja Fiscal por 1 año y dos meses hasta fines de enero de 2007, por tanto que para el causante en ejercicio activo no se configuró a su favor el derecho al haber de retiro. Sostuvo que esa representación ministerial vuelve a sostener que resulta inviable la aplicación del art. 124 de la Ley N° 1115/97, en razón de que quedó derogada, debido a que el art. 6° de la Ley N° 2.345/2003 expresa taxativamente “que el monto inicial del beneficio se calculará como porcentaje e la jubilación o haber de retiro que le hubiere correspondido”, al tiempo de establecer la remuneración base, cuyo resultado será el promedio de las remuneraciones imponibles percibidas durante los últimos cinco años”. Añadió que por tanto, existiendo una norma legal la administración debe ceñirse inexcusablemente a la misma, por lo que no cabe sino rechazar el pedido por no corresponder en derecho. Consideró que por lo expuesto en la Resolución Administrativa, las disposiciones aplicadas y considerando también las documentales adjuntadas por esa representación Ministerial, se coligo que Administración ha resuelto bien, y consideran agravante que las mismas no hayan sido tenidas en cuenta al momento de valorar las documentales de ambas partes, careciendo la pretensión de la parte accionante de todo sustento jurídico para el progreso de la misma, correspondiendo su rechazo por su notoria improcedencia. Concluyó peticionando la revocación con costas del Acuerdo y Sentencia N° 300/2014, confirmando la Resolución DGJP N° 394 de fecha 16 de febrero de 2010, en todos sus términos.

Que pasando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, visualizo que el ad-quem hizo lugar a la presente demanda, señalando la cuestión planteada surge como consecuencia del acto administrativo denegatorio dictado por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda ante la solicitud de pensión formulada por el actor en su carácter de heredero (padre) del efectivo militar de las FF.AA. fallecido en acto de servicio. Agregaron que la norma invocada por la parte actora para iniciar esta demanda está dada por el art. 124 de la Ley N° 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar” que dispone que el personal militar que entre los supuestos hechos falleciere en acto de servicio podrá ser promovido el grado inmediato superior y dado de baja con haberes de retiro o pensión íntegra correspondiente al nuevo grado cualquiera fuera el tiempo de servicio que tuviera”. Adujeron que esta norma está dada en beneficio de los herederos del personal militar, y deja sentado que cuando falleciere en actos de servicio, debe pasar a retiro inmediatamente siendo promovido el grado inmediato

superior para que de esta manera sus haberes sean los correspondientes a ese nuevo rango sin importar el tiempo de servicio que tuviere. Consideraron a la luz del análisis de la Ley N° 1.115/97 y de la Ley N° 2.345/03, que no existe disposición alguna en la Ley N° 2.345/03 que derogue el art.124 de la Ley N° 1.115/97, por lo que la misma se encuentra plenamente vigente, siendo justamente que en virtud de este artículo que la Administración confirió el ascenso póstumo al suboficial Tercera Infantería de Marina Juan González Torres, por lo que no puede concebirse que la Administración decida aplicar dicho artículo para otorgar un derecho y luego manifestar que esa norma se encuentra derogada.

Que dado los argumentos esgrimidos por el ad-quem para hacer lugar a la presente demanda, debo antes de adentrarme a examinar si el art. 6° de la Ley 2.345/03 derogó o no el art. 124 de la Ley N° 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar” en virtud de lo estatuido en el art.18 inc. z) del nombrado plexo legal, abocarme a verificar la aparente conducta contradictoria de la Administración con relación al caso que nos ocupa. Efectivamente, a fs. 20/21 de autos obra el Decreto N°. 12.390 de fecha 23 de junio de 2008, firmado por el Presidente de la República de ese entonces Nicanor Duarte Frutos, por el cual se le confiere el ascenso póstumo al grado inmediato superior al Suboficial Tercera Infantería Marina Juan González Torres, por una enfermedad contraída en acto de servicio, dándosele su baja honrosa de las Fuerzas Armadas de la Nación de conformidad al art.124 y concordantes de la Ley N°. 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”. Es decir que para la máxima autoridad del Poder Ejecutivo como es el Presidente de la República, pese a la vigencia de la Ley N° 2.345 a partir del año 2003, el art.6 de este cuerpo legal no derogó el art. 124 de la Ley 1.115/97, siguiendo este articulado plenamente vigente en la fecha en que fue emitido el referido Decreto, es decir en el año 2008.

Que llama la atención que siendo la Dirección de Jubilaciones y Pensiones una dependencia de un Ministerio como el de Hacienda, que es un órgano de carácter inferior y subordinado al Poder Ejecutivo, del cual forma parte, cuya representación es ejercida por el Presidente de la República, ignore o desconozca obviando las constancias documentales obrantes en el expediente tramitado en sede administrativa, que para el Presidente de la República mediante la emisión del Decreto 12.390, el art. 124 Ley 115/97 estaba plenamente vigente y no fue derogado por el art. 6° de la Ley 2.345/03

“De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal” como equivocadamente arguye la Resolución N° 394 de fecha 16 de febrero de 2010, emana de dicha dependencia, cuestionada por el actor en la instancia contencioso administrativa. Esta conducta contradictoria por parte de la Administración, es violatoria de lo que se conoce como “Doctrina de los Actos Propios”, lo que debe entenderse que “nadie puede ir contra sus propios actos, debiendo interpretarse dicha regla en el sentido de que toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona u órgano que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta presentación, debe ser desestimada. Esto significa que entre la conducta anterior del titular del Poder Ejecutivo, que esgrimía entre los fundamentos para conceder el ascenso póstumo al grado inmediato superior al suboficial Juan González Torres el art. 124 de la Ley 1.115/97 “Estatuto del Personal Militar”, que para esta autoridad se encontraba plenamente vigente, y la Resolución N° 394 dictada por el Director General de Jubilaciones y Pensiones, existe una contradicción, que ser subsanada según del sentido de la buena fe que debe siempre prevalecer, debiendo en este caso prevalecer la conducta anterior del Poder Ejecutivo en el sentido antes indicado .

Que habiendo acreditado el actor ser el legítimo heredero del Suboficial Tercera Infantería Marina Juan González Torres, el accionante Juan González Nuñez, de acuerdo a los fundamentos documentales, legales y doctrinarias esgrimidos en los párrafos precedentes, no me resta otra opción que confirmar parcialmente el Acuerdo y Sentencia N° 300 de fecha 04 de noviembre de 2.014, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, lo cual trae aparejado como lógica consecuencia, la confirmación de la revocación de la Resolución DGJP N° 300 del 16 de febrero de 2.010, emitida por el Director General de Jubilaciones del Ministerio de Hacienda, con la salvedad en cuanto al pago de la pensión, de que la misma debe ser efectuada a partir de la solicitud formula ante la autoridad administrativa conforme a la jurisprudencia de esta Sala Penal. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la parte perdidosa, en virtud de lo dispuesto en el art. 192 del C.P.C. ES MI VOTO.

Que a su turno, el Dr. BLANCO, manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Que a su turno, la Dra. PUCHETA DE CORREA, dijo: El litigio tuvo su origen en la Resolución N° 394/2010, dictada por el Director General de

Jubilaciones y Pensiones, por la cual resolvió: “DENEGAR, por improcedente, la Pensión como Heredero del Efectivo Militar, Juan González Torres...”. El rechazo de lo peticionado se fundó en lo dispuesto en el Art. 6° de la Ley 2345/03, debido a que el efectivo militar aún no tenía derecho a la jubilación, es decir no completo los años mínimos de servicios requeridos.

Antes de entrar a analizar si la recurrente, reunía o no los requisitos para acceder a la pensión cuestionada, debemos dejar en claro que no hay discrepancia en cuanto a los siguientes puntos: 1) la calidad de heredero del señor JUAN GONZALEZ NUNEZ, que se encuentra acreditada con la S.D. N° 415 de fecha 11 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo (f18) ; 2) El causante, Juan González Torres, Suboficial Tercera Infantería Marina, fue dado de baja por Fallecimiento en Acto de Servicio y obtuvo un ascenso póstumo, por Decreto N° 12.390/2008 (f.14/15). La controversia gira en torno a los años de servicio prestados, pues la administración con sustento en el Art. 6 de la Ley N° 2345/03, alega que al no tener los 15 años mínimos de servicios para acogerse al Haber de Retiro, no puede generar pensión alguna.

La parte demandada, primeramente arguyó que la pensión que se otorga a herederos de militares que fallecen en acto de servicio, se encuentra derogada por la Ley N° 2345/03. En segundo lugar, amparado en el artículo 6° de esta normativa, alego que la solicitante no tiene derecho a la pensión del militar fallecido, porque este no completo los quince años de servicio requeridos para acceder a la jubilación.

A fin de resolver lo que corresponde en derecho, debemos dejar en claro que con relación al militar que fallece en servicio activo la ley hace una diferenciación entre; el que fallece en cumplimiento de su deber y quien lo hace en otras circunstancias, en cuanto a los beneficios que se les otorga a los herederos. En el caso de autos, estamos ante la primera hipótesis mencionada, y al respecto el artículo 124 de la Ley 1115/97, preceptúa: El personal militar que a consecuencia de un accidente, enfermedad o herida contraída en actos de servicio falleciere como consecuencia de ello... previsto informe de la Junta de Reconocimiento médico, podrá promovido al grado inmediato superior y dado de baja por fallecimiento con haberse de retiro o pensión íntegra correspondiente al nuevo grado, cualquiera sea el tiempo de servicio que tuviere. En cumplimiento a lo dispuesto en este articulado, por el Decreto N° 12.390/08 se decreto el ascenso póstumo al grado inmediato superior, Suboficial Tercera Infantería Juan Gonzalez Nuñez, y se le

dio baja honrosa de la Fuerza Armadas de la Nación por fallecimiento en acto de servicio.

Al haber dado cumplimiento a la citada disposición legal, el Poder Ejecutivo reconoció la validez de la disposición legal invocada por la actora para obtener la cuestionada pensión. No obstante, el Ministerio de Hacienda, organismo dependiente del Poder Ejecutivo, contrariamente la rechaza, alegando la derogación de dicho articulado, por contradecir lo reglado en el artículo 6 de la Ley N° 2.345/03, de forma y sostenibilidad de la caja fiscal Sistema de jubilaciones y pensiones del sector público. Sin embargo, al leer atentamente este articulado, nos percatamos que sólo contempla el caso del militar que fallece en servicio activo, y no de aquel, que fallece en servicio activo pero en cumplimiento de sus obligaciones castrenses. Por tanto, las modificaciones introducidas por esta normativa, entre la que se encuentra el requerido de haber cumplido 15 años de servicio para acceder a la pensión, no puede ser aplicadas al caso estudiado en autos. Y, esto puede ser fácilmente corroborado, con la lectura de Ley N° 3217/07, que amplía el Art. 6 de la Ley N° 2345/03, en el sentido de que recién mediante esta Ley, sufren modificaciones la pensión de los sobrevivientes de efectivos militares y policías que fallecen en servicio activo, pero de igual manera nada establece en cuanto al requisito de haber cumplido 15 años en la función, sino establece el porcentaje que corresponde que sea otorgado.

De acuerdo a los fundamentos y normas legales citadas en los párrafos precedentes, corresponde confirmar el fallo apelado, otorgado la pensión desde que la misma fue solicitada en fecha 12 de enero de 2009 (fs. 13), conforme a lo dispuesto en la Ley 3217/2007. En cuanto a las costas, deben ser impuestas al apelante, en virtud del artículo 203, inciso a) del Código Procesal Civil. Es mi voto

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

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

- 1.- DESESTIMAR el Recurso de Nulidad incoado.
- 2.-CONFIRMAR el apartado primero y parcialmente el acápite segundo de la parte resolutive del Acuerdo y Sentencia N°. 300 de fecha 04 de



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

noviembre de 2.014, emitido por el Tribunal de Cuentas 1ª Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución, debiendo la pensión reclamada efectivizarse desde la presentación de la solicitud formulada en fecha 15/01/2009 (fs. 13) ante la autoridad administrativa, y en consecuencia ratificar la abrogación de la Resolución N° 394, de fecha 16 de febrero de 2.010, dictada por el Director General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda.

3.- IMPONER las costas en ambas instancias a la parte perdedora.

4.- ANOTAR y notificar

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Sindulfo Blanco y Alicia Pucheta de Correa

Ante mí: Abg Norma Domínguez Secretaria.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.907

***Cuestión debatida:** La primera cuestión a dilucidar radica en determinar la viabilidad o no de la supuesta nulidad argüida por el apelante en relación a que el Comisario Principal Fulgencio Morel Chamorro Director de Justicia Policia. La segunda cuestión se analiza acerca de la relación de dependencia entre las penas y las sanciones administrativas. En tercer lugar, resta determinar la culpabilidad o no del actor en las faltas y transgresiones a los reglamentos policiales y la “Ley Orgánica Policial”.*

**POLICÍA NACIONAL. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Incidencia con el Proceso Penal.**

El sobreseimiento o absolución recaído en causa penal no obsta al pleno ejercicio de la potestad administrativa.

**POLICÍA NACIONAL. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Requisitos.**

La doctrina concluye que no se exige el cumplimiento de todas las formalidades prescriptas por la administración, sino solamente aquellas

cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones consecutivas.

**POLICÍA NACIONAL. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

La Resolución N°.717 fue producto de un sumario previo llevado a cabo en debida y legal forma, por lo que a mi parecer de haber existido irregularidad en el nombramiento del Director de Justicia Policial, esta irregularidad es de orden accesorio o secundario al no haber tenido decisiva influencia en la solución de los actos administrativos posteriores, como ser lo resuelto por el Tribunal de Calificaciones y el Decreto impugnado, por lo que este presumido defecto no sería suficiente para provocar su nulidad.

Es decir, se trata de dos procedimientos distintos, no existiendo identidad ni correspondencia entre ellos, más que los hechos y las circunstancias que los originaron.

**POLICÍA NACIONAL. LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Incidencia con el Proceso Penal.**

Que la pena y la sanción administrativa tutelan bienes jurídicos distintos. Es sabido que la absolución en sede penal no siempre acarrea concomitantemente la exculpación en sede administrativa. En el proceso administrativo las penas disciplinarias se aplican con total independencia de las penales con las que puede concurrir. Aunque la pendencia de un proceso penal pueda suponer la suspensión provisional de un proceso disciplinario si aquel terminase con una resolución absolutoria, ello no impediría a la Administración adoptar la solución más conveniente, siempre que las faltas por la que se le juzga al administrado no constituyan delitos.

**C.S.J. Sala Penal. 22/12/2016. “Héctor R. Delgado D. c/ Decreto N° 6.098, 3/02/11 del Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 1907).**

**CUESTIONES**

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿Se halla ella ajustada a derecho?

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BENITEZ RIERA, PUCHETA DE CORREA Y BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA DIJO: El recurrente no ha fundado específica y concretamente el Recurso de Nulidad incoado, por lo que se lo debe tener por abdicado del mismo. Por otro lado, no se observa en la Resolución recurrida vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los arts.113 y 404 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia tener por desistido este Recurso. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. BENITEZ RIERA prosiguió diciendo: Por Acuerdo y Sentencia N°.12 de fecha 11 de febrero de 2.012, el Tribunal de Cuentas 2ª Sala, resolvió: “1) NO HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa deducida por HECTOR R. DELGADO DOMINGUEZ contra el Decreto N°.6.098 de fecha 03 de febrero de 2.011, dictada por el Poder Ejecutivo de conformidad al exordio de la presente Resolución. 2) CONFIRMAR, las Resoluciones recurridas. 3) IMPONER LAS COSTAS, a la parte demandada. 4) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Que el Abogado Juan Rafael Caballero se agravió en contra de la precitada sentencia, arguyendo que el Comisario Principal Fulgencio Morel Chamorro que dictó la Resolución N°.545 del 20 de Junio de 2.005 (fs.8), que dispuso la instrucción del sumario, designaba al juez y secretario del sumario y la Resolución N°.574 del 29 de junio de 2.005 (fs.16) por la que se ampliaba el sumario incluyendo a su representado, no había sido designado por el Poder Ejecutivo para ocupar y ejercer el cargo de Director de Justicia Policial. Agregó que estos nulos actos administrativos que motivaron la actuación del Tribunal de Calificaciones y el Decreto N°.6.098 del 03 de febrero de 2.011, fueron suscriptos por el Comisario Principal Fulgencio Morel Chamorro que no tenía la jerarquía referida por ley, ni la investidura para ocupar y ejercer el cargo de Director de Justicia Policial, y consecuentemente dictar dichos actos nulos administrativos motivaron también el nulo decreto que por esta demanda se ataca e impugna. Acotó que su irregular nombramiento recién se produjo en julio de 2.015 con posterioridad a las Resoluciones antes individualizadas, lo cual hace que dichas Resoluciones no tengan

eficacia y sean nulas. Resaltó que por una cuestión formal, los incidentes tan solo pueden ser opuestos en contra de una actuación procesal realizada en el marco del sumario, no en relación a las nulas resoluciones en las que se designa el juez sumariante y se incluye a las personas afectadas al sumario. Reiteró que este acto nulo tan solo puede ser atacado luego de haberse agotados todos los recursos internos de la administración, es decir al dictarse el Decreto N°.6.098/2.011, que es el acto administrativo que causó estado y habilitó la vía judicial, no antes durante el proceso sumarial. Siguió manifestando el apelante que el Tribunal de Cuentas Segunda Sala ha obviado considerar que el Estado Paraguayo no puede considerar en una investigación judicial que un determinado hecho no se produjo y posteriormente una investigación en sede administrativa considerar que ese mismo hecho sí se produjo, ya que de ocurrir ello constituiría un auténtico escándalo jurídico tal como acertadamente lo calificó el propio Procurador General de la República. Acotó la inexistencia de prueba alguna que acredite que el señor Héctor Ramón Delgado Domínguez participó de un hecho que pueda ser subsumido en la normativa contenida en el numeral 41 del art.15 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional invocado para expulsarlo deshonorosamente de los cuadros policiales, baja – identidad de la tipificación contenida en la Ley N°.1.340/88. Arguyó que la conducta investigada en relación a su conferente es si el Oficial Inspector Héctor Delgado participó o no de un hecho de tráfico, tenencia y comercialización de marihuana, y que el art.41 del art.15 del Reglamento Disciplinario Policial contempla y sanciona la conducta que pueda ser tipificada como “tráfico, tenencia, comercialización, consumo de drogas peligrosas y estupefacientes o sustancias sicotrópicas”, que es la misma conducta sancionada por las normativas contenidas en la Ley N°.1.340/88, que modifica y actualiza la Ley N°.357/72 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas. Apuntó, que lo mencionado con precedencia rebate con suficiente eficiencia la errada consideración del Tribunal de Cuentas, por lo que bajo ningún supuesto y consideración alguna el señor Héctor Ramón Delgado podía haber sido sancionado en sede administrativa por un hecho de tráfico de marihuana que el Poder Judicial consideró que no existía elemento alguno para imputarlo. Sostuvo que en ningún párrafo de la nula Resolución N°.717 del 28 de diciembre de 2.005, existe algún tipo de referencia probatoria que compruebe objetiva y consistentemente que su representado participó de un hecho de tráfico de marihuana, estando obviamente bajo responsabilidad del poder

administrador la carga de demostrar fehaciente e indubitadamente que la conducta de su representado se encuentra enmarcada dentro del tipo contemplado en la normativa reglamentaria, caso contrario debe ser sobreseído. Afirmó que su representado participó de una operación policial en el que bajo el directo mando y responsabilidad de sus superiores jerárquicos se aprehendió un cargamento de drogas y se lo custodió conforme la instrucción recibida, no constituyendo tráfico, tenencia o comercialización de marihuana, sólo constituye el cumplimiento del deber policial. Recalcó que el Oficial Inspector Héctor Ramón Delgado Domínguez realizó una actividad estrictamente policial bajo el mando y la responsabilidad directa de dos Subcomisarios y que durante el tiempo que duró su participación no se percató ni existió indicio alguno de que el Oficial Superior podría realizar una actividad ilícita luego que el mismo se retirara de esta tarea policial. Mencionó que se encuentra acreditado que la actuación de Héctor Ramón Delgado Domínguez no puede ser tipificada dentro de la previsión contenida en el numeral 41 del artículo 15, su actuación fue realizada dentro del estricto marco legal y reglamentario, pudiendo certificarse que en junio de 2.005 el Oficial Inspector Héctor Ramón Delgado Domínguez era un oficial subalterno de policía, cuando recibió la orden de su superior inmediato de cumplir con una tarea policial, ordenándosele realizar una tarea de vigilar y descubrir un cargamento de marihuana, custodiándola conjuntamente con el oficial superior a cargo, lo que hace concluir que la sanción impuesta a su instituyente no tiene causa válida que la sustente y que debe hacerse lugar a la demanda que interpusiera. Indicó que las fuerzas públicas son estructuras verticales y piramidales en que las comunicaciones y disposiciones van realizándose a través de la cadena de mandos, de superior a inferior y de inferior a superior, constando en los documentos agregados a autos que el señor Héctor Ramón Delgado Domínguez actuó bajo la responsabilidad y orden de su superior jerárquico, quienes además dirigieron el trabajo policial y se encontraban en el teatro de operaciones, por lo que al ser un oficial subalterno no le estaba reservada la competencia, obligación y función de dirigirse a sus superiores inmediatos de los oficiales superiores a cargo de la operación, mucho menos a autoridades extrañas a la institución. Criticó lo que el Tribunal de Cuentas Segunda Sala resolviera por Acuerdo y Sentencia N°.203 del 21 de junio de 2.013, que aclaró el Acuerdo y Sentencia N°.12 del 11 de febrero de 2.012, imponer las costas a la actora, siendo que por medio de este recurso no puede el juez sentenciante alterar lo sustancial

de su decisión, de ahí que el Recurso de Aclaratoria interpuesto por la Procuraduría debía ser declarado improcedente, dado que con esta inidónea vía procesal lo que en realidad se pretende es modificar la imposición de costas por un tribunal que ya dictó sentencia, por carecer en ese momento de competencia funcional para alterar y modificar el sentido de cómo se resolvió el conflicto sometido a su jurisdicción. Concluyó peticionando que previo los trámites de rigor dictar sentencia anulando y/o modificando los numerales 1 y 2 del Acuerdo y Sentencia N.º.203 del 25 de junio de 2.013, así como también modificar lo resuelto en los numerales 1 y 2 del Acuerdo y Sentencia N.º.12 del 11 de febrero de 2.012, y en consecuencia declarar nulas y sin ningún valor el Decreto del Poder Ejecutivo N.º.6.098 de fecha 03 de febrero de 2.011 y sus antecedentes.

Que en ese orden de cosas, visualizo que el señor Héctor Ramón Delgado Domínguez, por derecho propio, bajo patrocinio del abogado Antonio Rafael Zaldivar C. promovió demanda en contra del Decreto N.º.6.098 de fecha 03 de febrero de 2.011, dictado por el Poder Ejecutivo, por el cual se le dio de baja de la Policía Nacional por faltas graves cometidas. A su vez el Tribunal de Cuentas no hizo lugar a la demanda, señalando que con respecto a las nulidades solicitadas el actor dejó transcurrir el procedimiento sin que se hubiera opuesto al progreso del mismo los correspondientes incidentes de nulidad o incompetencia del juez en su caso, es decir la etapa para promover tales incidentes a esta altura de los acontecimientos procesales se encuentra completamente preclusa. Destacaron además, que por principio general, el sobreseimiento o absolución recaído en causa penal no obsta al pleno ejercicio de la potestad administrativa. Sostuvieron que de la lectura del art.10 del Reglamento Disciplinario de Faltas que establece muy claramente “Que configuran faltas las infracciones o transgresiones a los deberes y obligaciones policiales previstas en la ley, este reglamento y otras disposiciones de la institución policial”, se deduce claramente que estamos ante dos procedimientos distintos cuya relación es estrictamente circunstancial, no existe identidad ni correspondencia. Acotaron que el sumario fue llevado a cabo con total legalidad por infracciones a las obligaciones previstas en la Ley Policial, no en el Código Penal. Añadieron que la Resolución N.º.717 de fecha 28 de setiembre de 2.005 ha cumplido todos y cada uno de los estándares establecidos por las normas respectivas, no vislumbrándose ninguna nulidad declarable de oficio, como tampoco lo hay en término de legalidad, es decir no hay ilegalidad en el fallo administrativo, los hechos imputados

al uniformado fueron debida y legalmente probados. Dijeron que por su parte el Decreto N°.6.098 de la Presidencia es una consecuencia legal y lógica de la primera. Manifestaron que el hecho cometido por el ciudadano Héctor Ramón Delgado Domínguez constituye una falta grave no un hecho punible, y que no existe identidad fáctica entre ambos hechos aunque tengan conexión, la falta cometida por el uniformado queda fehacientemente probada y la misma se encuentra descripta como falta grave, sus componentes fácticos no tienen identidad con el tipo base establecido en el Código Penal sino es una falta descripta en el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional y en el art.15 numeral 1 en concordancia con el 41 del Reglamento Disciplinario. Destacaron que el sumario determinó que el hecho cometido por el entonces Oficial Inspector de Orden y Seguridad Héctor Ramón Delgado Domínguez ofende gravemente a la institución policial, así los casos cometer una falta implica “incurrir en actos u omisiones de deshonra, falta de respeto o dignidad en el ejercicio del cargo”, encontrándose la falta que se le imputa prevista en el numeral 1 del art.15 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional, en concordancia con el art.33 numerales 1, 4 y 7 del mismo cuerpo normativo, cayendo bajo la competencia del órgano administrativo policial, por lo que la resolución dictada por la administración está ajustada a derecho.

Que adentrándome a examinar el fondo de la cuestión planteada, visualizo que la presente litis tuvo su origen en el Decreto N°.6.098 de fecha 03 de febrero de 2.011, emanado del Poder Ejecutivo, en virtud del cual se dio de baja de la Policía Nacional por faltas graves cometidas, entre otros al Oficial Inspector de Orden y Seguridad Héctor Ramón Delgado Domínguez (fs.3). El pedido elevado al Ministerio del Interior por el Comandante de la Policía Nacional tuvo su precedencia en la Resolución N°.717 de fecha 28 de setiembre de 2.005, por medio de la cual el Director Interino de Justicia Policial calicó la conducta del accionante y como uno de los involucrados en el hecho investigado como falta grave de conformidad el art.15 numeral 1 y 41 en grado de agravante el art.33 numeral 1, 3 4 y 7 del Reglamento Disciplinario Policial, recomendando como sanción administrativa la establecida en el art.134 ítem 3 (baja) de la Ley 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”, en concordancia con el art.16 inciso “c” del Reglamento Disciplinario Policial, recomendación que hizo suya el Tribunal de Calificaciones de Servicio (fs.17/22).

Que dado los argumentos expuestos por la parte apelante, la primera cuestión que debo dilucidar radica en determinar la viabilidad o no de la supuesta nulidad argüida por el apelante en relación a que el Comisario Principal Fulgencio Morel Chamorro Director de Justicia Policial, que dictó la Resolución N°.545 del 20 de Junio de 2.005 (fs.8) que disponía la instrucción del sumario, y la Resolución N°.574 del 29 de junio de 2.005 (fs.16) por la que decidía incluir a su representado en dicho sumario, no había sido designado para tal cargo por el Poder Ejecutivo, lo cual nulifica según el mismo dichas Resoluciones y las posteriores que son su consecuencia. Al respecto debo señalar, que en el supuesto que el Director de Justicia Policial no hubiera sido designado como lo exige la ley, hay que interpelarse si dicha omisión anula las Resoluciones emitidas por el mismo. La doctrina y la jurisprudencia sobre este tema considera que hay que preguntarse lo siguiente: Cual habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? Habría sido la misma que la establecida en el acto? Habría sido otra? La doctrina concluye que no se exige el cumplimiento de todas las formalidades prescriptas por la administración, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones consecutivas. En este caso, si bien el Comisario Morel Chamorro Director Interino de Justicia Policial, dispuso la instrucción y posterior ampliación del sumario, el mismo no tuvo influencia en la ulterior conclusión a que llegó el Juez Sumariante que fue luego avalada por la Resolución N°.717 de fecha 28 de setiembre de 2.005, emitida por el mismo, calificando las faltas cometidas por el Oficial Inspector Héctor Ramón Delgado Domínguez y recomendando la sanción administrativa correspondiente. La Resolución N°.717 fue producto de un sumario previo llevado a cabo en debida y legal forma, por lo que a mi parecer de haber existido irregularidad en el nombramiento del Director de Justicia Policial, esta irregularidad es de orden accesorio o secundario al no haber tenido decisiva influencia en la solución de los actos administrativos posteriores, como ser lo resuelto por el Tribunal de Calificaciones y el Decreto impugnado, por lo que este presumido defecto no sería suficiente para provocar su nulidad.

Que en segundo lugar, en lo que atañe al otro tema traído a colación de que no se puede considerar en una investigación judicial que un determinado hecho no se produjo y posteriormente en una investigación en sede administrativa considerar que ese hecho sí se produjo, resulta pertinente manifestar que coincido con el Tribunal Inferior, quien en su esclarecedor



fallo sobre este punto nos recuerda que la pena y la sanción administrativa tutelan bienes jurídicos distintos. Es sabido que la absolución en sede penal no siempre acarrea concomitantemente la exculpación en sede administrativa. En el proceso administrativo las penas disciplinarias se aplican con total independencia de las penales con las que puede concurrir. Aunque la pendency de un proceso penal pueda suponer la suspensión provisional de un proceso disciplinario si aquel terminase con una resolución absolutoria, ello no impediría a la Administración adoptar la solución más conveniente, siempre que las faltas por la que se le juzga al administrado no constituyan delitos. Resulta clarificador lo dispuesto en el art.10 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional con relación a que se considera como faltas “las infracciones o transgresiones a los deberes y obligaciones policiales previstas en la ley, esta reglamento y otras disposiciones de la institución policial”, lo cual me lleva a concluir que nos hallamos ante dos procedimientos distintos; uno el desarrollado en el ámbito administrativo policial, que juzgó las faltas y transgresiones en la que supuestamente incurrió el Oficial Inspector Héctor Ramón Delgado Domínguez, y el otro desarrollado en la esfera penal en el que se investigó un hecho de tráfico, tenencia y comercialización de marihuana. Es decir, se trata de dos procedimientos distintos, no existiendo identidad ni correspondencia entre ellos, más que los hechos y las circunstancias que los originaron.

Que a mi parecer ha quedado bien claro que tanto el Oficial Inspector Héctor Ramón Delgado Domínguez como los demás policías involucrados en este hecho, han sido juzgados dentro del ámbito policial por los deberes y faltas en los que elípticamente incurrieron, no por un delito o delitos tipificados en las leyes penales que reprimen el tráfico y comercialización de sustancias ilícitas, por lo que el argumento esgrimido por el apelante con relación a este tema igualmente debe ser desechado.

Que en tercer lugar, resta determinar la culpabilidad o no del actor en las faltas y transgresiones a los reglamentos policiales y la “Ley Orgánica Policial”. En ese orden de cosas, advierto que en las constancias sumariales se halla demostrado que el Subcomisario Indalecio Alvarenga y el Oficial Inspector de Orden y Seguridad Héctor Ramón Delgado Domínguez tuvieron participación en los hechos investigados en razón de que los mismos estuvieron acompañando al Subcomisario Javier Ramón González Saldivar, al Oficial Leonardo Valenzuela y al Suboficial Edgar Gabriel Ferreira Giménez desde la estación de servicio Integral, ubicada en la Ciudad de San

Estanislao, Departamento de San Pedro hasta el ramal de Ita Pirú de la Ciudad de Arroyos y Esteros, por lo que tuvieron conocimiento del plan a ser llevado a cabo (escortar y otorgar protección a un cargamento de marihuana), conforme se desprende de las diversas pruebas realizadas a lo largo del discurrir del sumario. Igualmente los mismos no han comunicado a sus superiores directos el procedimiento que se hallaban realizando. Tampoco pidieron autorización al Ministerio Público para efectuarlo, máxime tratándose de un supuesto hecho de tráfico y comercialización de marihuana, lo que acentúa la gravedad de la falta en la que incurrieron. Teniendo en vista todo este cúmulo de circunstancias demostradas durante el discurrir del sumario, concuerdo con el Juez sumariante como con el Director de Justicia Policial quien mediante la Resolución N°.717 de fecha 28 de setiembre de 2.005, emitió su parecer, en tipificar como grave la falta cometida por el Oficial Inspector de Orden y Seguridad Héctor Ramón Delgado Domínguez, incurriéndola en el art.15 numerales 1 y 41 del Reglamento Disciplinario Policial en concordancia con el art.33 numerales 1, 3, 4, y 4 de este Reglamento. Consecuentemente, la sanción administrativa de baja, establecida en el art.134 ítem 3 de la Ley N° 222/93 “Orgánica Policial” en concordancia con el art.16 inc. “c” del Reglamento Disciplinario, es proporcional a la gravedad de la falta cometida.

Que teniendo el Decreto N°.6.098, de fecha 03 de febrero de 2.011, dictado por el Poder Ejecutivo como antecedentes resoluciones ajustadas a derecho, su legalidad está fuera de toda duda, por lo que debe ser ratificado en esta instancia.

Que conforme a las consideraciones que vertiera en los párrafos precedentes, no me resta otra opción que confirmar in tottum el Acuerdo y Sentencia N°.12 de fecha 11 de febrero de 2.012, dictado por el Tribunal de Cuentas 2ª Sala, lo cual trae aparejado como reitero la ratificación de la vigencia del Decreto N°.6.098 de fecha 03 de febrero de 2.011, emitido por el Poder Ejecutivo. En cuanto a las costas, deben imponerse en ambas instancias a la parte perdidosa en virtud del principio consagrado en el art. art.192 del C.P.C. ES MI VOTO.

Que a sus turnos, los Dres. PUCHETA DE CORREA Y BLANCO manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los 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:

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

1. TENER POR DESISTIDO el Recurso de Nulidad incoado.

2.- CONFIRMAR in tottum el Acuerdo y Sentencia N°.12 de fecha 11 de febrero de 2.012, emitido por Tribunal de Cuentas 2ª Sala, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente Resolución, Y EN CONSECUENCIA RATIFICAR LA VIGENCIA DEL DECRETO N°.6.098, fecha 3 de febrero de 2.011, dictado por el Poder Ejecutivo.

3. IMPONER, las costas en ambas instancias a la perdidosa, la parte actora.

4. ANOTAR, y notificar.

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco.

Ante mí: Norma Dominguez, Secretaria.

\*\*\*

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 502

***Cuestión debatida:** En el caso de autos se analizan los agravios del apelante, a fin de determinar si corresponde o no el cómputo de los años de aporte jubilatorios tomando en consideración que los mismos han sido efectuados por aportante antes de alcanzar la mayoría de edad, cuando se desempeñaba como Aprendiz de Músico de la Policía Nacional.*

**DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Proceso contencioso administrativo. Jubilación. Aporte jubilatorio.**

En el caso de autos, el Señor Roberto Benítez Vega fue nombrado como Aprendiz Músico por Decreto N° 31684 de fecha 01 de marzo de 1982 y según planilla de liquidación de sueldos (fs. 49) y Foja de Servicios (fs. 50) el accionante de esta demanda efectuó aportes jubilatorios a partir del mes de marzo del año 1982, siendo menor de edad y sin que el Ministerio de Hacienda haya rechazado en su momento los referidos aportes.

**LEY N° 222/93 LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL.**

En tal sentido, el Art. 125 de la Ley N° 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional” establece que: “Los alumnos de los Institutos de Formación son los Cadetes, los Aspirantes a Sub Oficiales y los Aprendices Músicos de los Institutos Policiales de Enseñanza” y en el Art. 126 que: “Los alumnos de los Institutos de Formación serán nombrados por Decreto del Poder Ejecutivo”.

**DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Proceso contencioso administrativo. JUBILACIÓN. Aporte jubilatorio.**

Los aportes jubilatorios realizados por el señor Roberto Benítez Vega durante el periodo comprendido entre el mes de marzo de 1982 a junio de 1989 deben ser computados por el Ministerio de Hacienda a los efectos del cálculo de los haberes de retiro que le corresponden al accionante, teniendo en cuenta que el Art. 71 de la Ley N° 222/93 dispone que “Los servicios prestados a la Nación con anterioridad al ingreso como Oficial o Sub Oficial en cargos con derechos a jubilación serán computados a los efectos de los haberes de retiro” y el Art. 180 del mismo cuerpo legal establece que “Los egresados de la Escuela de Aprendices Músicos son equiparados a los Sub Oficiales egresados de la Escuela de Sub Oficiales”. Por lo tanto, la Resolución N° 1741 del 07 de agosto de 2013 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, que denegó la inclusión en el cómputo de haberes jubilatorios de los aportes mencionados anteriormente no se halla ajustada a derecho y corresponde su revocación, como lo resolvió el Tribunal de Cuentas Primera Sala en el fallo apelado

**C.S.J. Sala Penal. 29/05/2017. “Roberto Benítez Vega c/ Res. N° 1.741 del 07/08/2013 Roberto Benítez Vega c/ Resolución N° 1.741 del 07/08/2013 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda” (Ac. y Sent. N° 502).**

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

**CUESTIONES**

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Practicado el sorteo de ley, para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BLANCO, BENITEZ RIERA y PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIO DICIENDO: El recurso de nulidad debe darse por desistido, porque no ha sido debidamente fundado. No advierto motivo para pronunciar nulidades de oficio. Es mi voto.

A SUS TURNOS LOS MINISTROS BENÍTEZ RIERA y PUCHETA DE CORREA, MANIFIESTAN: Q se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIO DICIENDO: Agravia a la parte recurrente el Acuerdo y Sentencia N° 151 de fecha 25 de junio de 2015, por el cual el Tribunal de Cuentas Primera Sala resolvió: “1. HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa planteada por el Sr. ROBERTO BENITEZ VEGA C/ RES. N° 1741 DEL 07/08/13 DE LA DIRECCION GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA, en consecuencia corresponde; 2. REVOCAR la Resolución DGJP-B N° 1741/13 del 07 de agosto de 2013 dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda con los alcances de lo dispuesto en el exordio de la presente resolución. 3. IMPONER LAS COSTAS a la perdidosa. 4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”.

El apelante sostiene al fundamentar los recursos que: “es imposible reconocer el periodo reclamado por el recurrente dado que si dicho aporte se realizó fue en forma indebida dado que la ley es clara que en este caso es aplicable la Ley N° 1626/2000 del Funcionario Público, el aporte no se puede realizar en el periodo de marzo de 1982 en el cual el recurrente contaba con la edad de 10 años ...”.

En estos autos el Señor Roberto Benítez Vega impugnó la Resolución N° 1741 del 07 de agosto de 2013 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, que denegó la inclusión en el cálculo de los haberes de retiro de los aportes jubilatorios efectuados por el mismo durante el periodo comprendido desde marzo de 1982 hasta junio de 1989, con base en que los referidos aportes fueron efectuados antes de alcanzar la mayoría de edad.

El Tribunal de Cuentas Primera Sala hizo lugar a la presente demanda por medio del Acuerdo y Sentencia N° 151/2015, fundando la resolución en que el nombramiento del señor Roberto Benítez Vera como Aprendiz Músico siendo menor de edad fue realizado por la autoridad competente en su oportunidad y que la negativa del Ministerio de Hacienda de computar esos aportes constituye una violación a los derechos adquiridos por el accionante de esta demanda.

Seguidamente se debe determinar si el fallo apelado ha sido dictado conforme a derecho, por ello debe establecerse si corresponde o no el cómputo de los años de aportes jubilatorios efectuados por el Señor Roberto Benítez Vega antes de alcanzar la mayoría de edad, cuando se desempeñaba como Aprendiz de Músico de la Policía Nacional.

En tal sentido, el Art. 125 de la Ley N° 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional” establece que: “Los alumnos de los Institutos de Formación son los Cadetes, los Aspirantes a Sub Oficiales y los Aprendices Músicos de los Institutos Policiales de Enseñanza” y en el Art. 126 que: “Los alumnos de los Institutos de Formación serán nombrados por Decreto del Poder Ejecutivo”.

En el caso de autos, el Señor Roberto Benítez Vega fue nombrado como Aprendiz Músico por Decreto N° 31684 de fecha 01 de marzo de 1982 y según planilla de liquidación de sueldos (fs. 49) y Foja de Servicios (fs. 50) el accionante de esta demanda efectuó aportes jubilatorios a partir del mes de marzo del año 1982, siendo menor de edad y sin que el Ministerio de Hacienda haya rechazado en su momento los referidos aportes.

Los aportes jubilatorios realizados por el señor Roberto Benítez Vega durante el periodo comprendido entre el mes de marzo de 1982 a junio de 1989 deben ser computados por el Ministerio de Hacienda a los efectos del cálculo de los haberes de retiro que le corresponden al accionante, teniendo en cuenta que el Art. 71 de la Ley N° 222/93 dispone que “Los servicios prestados a la Nación con anterioridad al ingreso como Oficial o Sub Oficial en cargos con derechos a jubilación serán computados a los efectos de los haberes de retiro” y el Art. 180 del mismo cuerpo legal establece que “Los egresados de la Escuela de Aprendices Músicos son equiparados a los Sub Oficiales egresados de la Escuela de Sub Oficiales”. Por lo tanto, la Resolución N° 1741 del 07 de agosto de 2013 de la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, que denegó la inclusión en el cómputo de haberes jubilato-

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

rios de los aportes mencionados anteriormente no se halla ajustada a derecho y corresponde su revocación, como lo resolvió el Tribunal de Cuentas Primera Sala en el fallo apelado.

De lo expuesto se concluye que no corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debiendo confirmarse en todos sus puntos el Acuerdo y Sentencia N° 282 de fecha 24 de agosto de 2015 dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala, con imposición de costas a la parte perdidosa. Es mi voto.

A SUS TURNOS LOS MINISTROS BENITEZ RIERA y PUCHETA DE CORREA, MANIFIESTAN: Que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

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

1. DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada, conforme al fundamento expuesto en la presente resolución.

2. NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto la parte demandada y, en consecuencia, CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 151 de fecha 25 de junio de 2015 dictado por el Tribunal de Cuentas Primera Sala.

3. IMPONER las costas a la parte perdidosa.

4. ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco Luis María Benítez Riera y Pucheta de Correa

Ante mí: Abg. Norma Domínguez. Secretaria.

\*\*\*

ACUERDO Y SENTENCIA N° 575

***Cuestión debatida:** Así las cosas, primeramente analizaremos la excepción de falta de acción planteada por la Procuraduría General de la Republica como medio general de defensa y en consecuencia examinar si se han cumplido los requisitos formales para recurrir ante la instancia judicial, debo analizar estas marras a los efectos de determinar si en las mismas se encuentra una Resolución Definitiva y como tal susceptible de ser recurrida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme lo estatuye como requisito previo para su tramitación el Art. 3 inc. a) de la Ley N° 1.462/35.*

**FUERZAS ARMADAS. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios.**

La resolución es definitiva a los fines de la acción del particular afectado en su derecho cuando emana de la máxima autoridad administrativa que debe dictarla como último resorte, y causa estado, en cuanto cierra esta instancia impidiendo una nueva reclamación o reconsideración del interesado (Doctrina).

**FUERZAS ARMADAS. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios.**

De una atenta lectura del acto administrativo recurrido se constata que el mismo no es un acto que pone fin al procedimiento, es un acto preparatorio dentro del procedimiento administrativo que no tiene carácter definitivo, y como se puede constatar la precitada NOTA N° 100/13 ni siquiera estaba dirigida al hoy accionante, es decir no se encuentra dentro las previsiones del Art. 3 de la Ley N° 1.462/35, por lo que no es susceptible de ser recurrida en sede administrativa en este caso en particular.

**FUERZAS ARMADAS. LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios.**

Al no tener una constancia cierta del agotamiento de la instancia administrativa y al no existir en autos un acto administrativo que pueda ser



considerado como definitivo, la presente acción no puede tener acogida favorable.

**C.S.J. Sala Penal. 14/06/2017. “Jorge Isaac Miranda Abdala c/ Res. N° 100 (Nota) de fecha 3/10/2013, Dictada por las Fuerzas Armadas de la Nación” (Ac. y Sent. N° 575).**

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió estudiar y votar las siguientes;

C U E S T I O N E S:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO Y BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SEÑORA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: El Abogado Roberto Moreno Rodríguez, Procurador General de la República y el Abogado Neri Fleitas Valdez, Procurador Delegado, en cuanto al recurso de nulidad expresaron en resumen cuanto sigue: “...El Tribunal de Cuentas no analizó los fundamentos expuestos por esta representación en relación a la excepción de falta de acción opuesta. Al respecto en la etapa procesal oportuna esta representación ha señalado como argumento jurídico que la falta de acción del demandante el hecho puntual que el mismo ha promovido la presente acción judicial contencioso administrativa en contra de la NOTA N° 100 firmada por el Secretario Permanente de la Junta de Calificaciones de Servicios de la FFAA, que es una simple nota y no una resolución administrativa emanada de una autoridad con facultad decisoria, lo que configura plenamente la falta de acción opuesta. El argumento jurídico de la excepción opuesta por esta representación ha sido el art. 3° de la Ley N° 1.462/35 que establece muy claramente que el acto administrativo que puede ser objeto de demanda contencioso debe investir la formalidad de una resolución, y el mismo debe ser dictado por una autoridad competente que tenga la facultad de decidir sobre la aceptación o rechazo de una petición concreta que se le formule. El Tribunal de Cuentas no ha justificado nuevamente la parte sustancial transcripta la supuesta improcedencia de la falta de acción opuesta por la PGR, razón por la cual esta situación constituye un elemento más para la admisión de la nulidad denunciada. No han analizado tan siquiera

el contenido de la Nota N° 100 que fue impugnada por esta vía. El Tribunal de Cuentas tampoco ha realizado un análisis objetivo del pliego de posiciones. Salta a la Luz que el Tribunal de Cuentas se limitó a rechazar las excepciones opuestas por la PGR y hacer lugar a la demanda instaurada por el Sr. Jorge Miranda en contra de una simple nota, sin el más mínimo análisis de los fundamentos claramente desarrollados por esta representación en los términos del escrito obrante a fojas 157/177 de autos. En conclusión consideramos que las manifestaciones argüidas han demostrado el vicio de falta de fundamentación con que cuenta la resolución recurrida, por lo que solicitamos a VVEE la declaren nula y que en virtud al 406 se sirvan resolver haciendo lugar a las excepciones opuestas o en su defecto, en relación a la cuestión de fondo, disponiendo el rechazo de la presente demanda instaurada...”.

Luego de un integral análisis de los agravios expuestos y el caso de marras estimo que los mismos pueden ser estudiados por la vía del Recurso de Apelación también interpuesto, por lo que no corresponde la declaración de nulidad del Acuerdo y Sentencia recurrido. En estas condiciones y atendiendo a la sola manifestación de discordia con los razonamientos expuestos por los juzgadores no son suficientes para declarar la nulidad de la resolución en estudio, corresponde NO HACER LUGAR AL RECURSO DE NULIDAD.

Por otro lado, no se observa en la resolución recurrida vicios o defectos procesales que ameriten la declaración de nulidad en los términos autorizados por el Artículo 113 y 404 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUIS MARIA BENITEZ RIERA, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, PROSIGUIO DICHIENDO: El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N°425 de fecha 2 de setiembre de 2.015, resolvió: “1-NO HACER LUGAR, a las excepciones de Falta de Acción y Prescripción como Medio General de Defensa deducida por la Procuraduría General de la República, en base a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2- HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa, instaurada en los autos: “JORGE ISAAC MIRANDA ABDALA C/ RES. N° 100 (NOTA) DE FECHA

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

03/10/13, DICTADA POR LAS FUERZAS ARMADAS DE LA NACIÓN”, y en consecuencia; 3- DISPONER la inclusión del Señor Jorge Isaac Miranda Abdala en el Decreto N° 3.745 de fecha 31 de diciembre del año 2.009, de conformidad y de acuerdo con los fundamentos expresados en el exordio de la presente Resolución. 4- IMPONER LAS COSTAS a la perdidosa. 5- ANOTAR...”.

Se alza en apelación contra lo resuelto por el Tribunal de Cuentas la Procuraduría General de la Republica, por medio de sus representantes ya individualizados.

El Abogado Roberto Moreno Rodríguez, Procurador General de la República y el Abogado Neri Fleitas Valdez, Procurador Delegado, expresaron agravios a fojas 228/242, expresando en lo medular del mismo cuanto sigue: “...Como bien lo hemos señalado en el apartado número 1 de este escrito la Procuraduría General de la República ha opuesto dos excepciones: FALTA DE ACCION del demandante que ha sido sustentada en el hecho puntual que el acto administrativo demandado ante el Tribunal de Cuentas, consiste en una NOTA N° 100 de fecha 3 de octubre de 2.013 firmada por el Secretario Permanente de la Junta de Calificaciones de Servicio para

### ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO:

Oficiales, la que no reúne los presupuestos expresamente establecidos en el art. 3 de la Ley N° 1.462/35. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: opuesta partiendo de la pretensión principal del Sr. Jorge Miranda de ser excluido del Decreto N° 3.745 del 31 de diciembre de 2.009 se ha argumentado que la única vía procesal admisible era el de impugnar este último acto administrativo (Decreto N° 3.745) y no la nota N° 100. Como podrán advertir el miembro preopinante del Tribunal Inferior, ni tan siquiera ha analizado en lo más mínimo la excepción de falta de acción opuesta por la PGR. En efecto conforme se advierte en los términos del escrito de demanda, la presente acción judicial ha sido instaurada contra la NOTA N° 100 de fecha 3 de octubre de 2.013 emitida por la Secretaria Permanente de la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales y que ha sido dirigida el Señor Jefe de Estado Mayor Conjunto a través de la cual se desarrolla los antecedentes administrativos y jurídicos que justifican la imposibilidad de que la petición realizada por cuarta vez por el Sr. JORGE MIRANDA pueda ser tratada nuevamente ante la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales. Como lo podrán certificar VVEE la disposición legal transcrita establece

muy claramente que el acto administrativo que puede ser objeto de demanda contencioso administrativa debe investir la formalidad de una resolución y la misma debe ser dictada por una autoridad competente que tenga la facultad de decidir sobre la aceptación o rechazo de una petición concreta que se formule. La NOTA N° 100 no reúne ninguno de los presupuestos expresamente establecidos en la primera parte del art. 3° y en los incisos que forman parte de los mismos. La misma solo puede ser considerada como un acto administrativo interno de dicha dependencia pública y no una resolución administrativa que cause estado. Tampoco es menos importante señalar que la nota en cuestión es solo un resumen de los antecedentes administrativos y los fundamentos jurídicos relacionados a la petición formulada por cuarta vez por el Sr. Jorge Miranda que ha sido puesta a conocimiento y consideración de la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales quien es el Órgano Administrativo de las Fuerzas Armadas de la Nación con facultad legal para resolver dicha solicitud. Como podrán certificar VVEE el propio actor afirma que todas las presentaciones realizadas por el mismo luego de haberse emitido el Decreto N° 3.745 de fecha 31 de diciembre de 2.009 fueron: por la vía del recurso administrativo de reconsideración y que dichas presentaciones han sido rechazadas. Al respecto las tres peticiones formuladas por el Sr. Miranda han sido resueltas por la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales a través de las actas N° 170/11, 172/12 y 174/13. En este estado corresponde traer a colación lo establecido en el art. 84 de la Ley N° 1.115/97. El afectado por alguna resolución de dicha dependencia pública solo puede recurrir ante la Instancia Jurisdiccional para impugnar el acto administrativo que le agravia, sin embargo en el caso que nos ocupa, no lo ha hecho. Se debió impugnar ante el Tribunal de Cuentas el Acta N° 166/09 de la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales que ha resuelto postergar el ascenso del mismo al grado inmediato superior y también debió ampliar su demanda contra el Decreto N° 3.745/09 sin embargo el mismo optó por la vía inidónea al demandar la NOTA N° 100. En efecto partiendo de la base que la presente acción judicial tiene como pretensión principal que el Sr. Jorge Miranda sea incluido en el Decreto N° 3.745/09, donde figura el ascenso al grado superior de los oficiales de promoción del mismo, el acto que administrativo que necesariamente debió ser impugnado por el mismo es el Decreto N° 3.745/09. Como podrán advertir VVEE los miembros del Tribunal de Calificación de Servicios de las F.F.A.A. se han expedido conforme a las facultades que le otorga la Ley aplicable

para el efecto, siendo sus actos irrecurribles conforme así lo hemos argumentando en los párrafos que anteceden. Las documentales son de sustancial importancia en razón que, especialmente a través de la última, la 167, se encuentra plenamente probado que el demandante no fue ascendido no por un simple capricho del Tribunal de Calificación de Servicios, sino por haber reprobado la prueba de examen físico, lo cual constituye fundamento suficiente para el rechazo de la presente demanda. Por otra parte, haciendo referencia a las actas 170/11, 172/11 y 174/13 emanadas de la Junta de Calificaciones de Servicio para oficiales de la FFAA a través de las cuales han sido resueltas el rechazo de las reiteradas peticiones formuladas por el Sr. Jorge Miranda, en el sentido que su nombre sea incluido en el Decreto N° 3.745 de fecha 31 de diciembre de 2.009, también han sido debidamente sustentados por la autoridad competente para el efecto, es importante hacer expresa referencia a los arts. de la Ley N° 1.115/97, en sus arts. 83, 120, 111. La pretensión del Sr. Miranda en el sentido que se le excluya de la lista de promoción 2.003 y por ende del Decreto N° 5.906/10 y su inclusión en la lista de oficiales que contiene el Decreto N° 3.745/09, debió ser rechazada por el Tribunal de Cuentas. Concluye solicitando sea revocado el Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

Al contestar el traslado que le fuere corrido, el Señor Jorge Isaac Miranda Abdala, bajo patrocinio del Abog. Carlos Levi expreso en apretada síntesis, cuanto sigue: “...Las excepciones de FALTA DE ACCION y de PRESCRIPCION, como medios de defensa fueron rechazadas por improcedente, porque dicho representante legal no presentó prueba alguna fehaciente refutando mi pretensión sino que simplemente expresó contrariedad a mi derecho poniendo en duda mi calidad de parte y por ende mi derecho a accionar y reclamar ante la justicia la restitución de mi derecho que fuera cercenado unilateralmente por mis superiores. En lo concerniente a la prescripción esta fue rechazada, las FFAA reconoció en su escrito que no fue notificada ninguna de las decisiones anteriores a la contenida en la Nota N° 100, recurrida por mí parte. El Tribunal analizó, estudió cada una de las pruebas ofrecidas por el abogado de las Fuerzas Armadas de la Nación, y es más, se detuvo en especial en mi absolución y considero necesario y fundamental la aplicación del principio IN DUBIO PRO ACTIONE. Mirando todas las documentaciones obrantes en autos es evidente, claro y sobre todo justo afirmar la veracidad de mis expresiones contenidas en la demanda como de mis pruebas instrumentales, las cuales no fueron negadas desde

ningún punto de vista. Ahora bien VVEE se preguntaran porque reclamo mi inclusión en el Decreto N° 3.745 del 31 de diciembre de 2.009? la respuesta es muy sencilla, porque me corresponde. En aquel entonces no pude acceder a mi derecho porque sufrí un accidente, el cual por medio del sumario administrativo dentro de las Fuerzas Armadas fue considerado que lo sufrí prestando servicio, generando ser beneficiado con el alcance del art. 86 de la Ley N° 1.115/97. A la luz de las palabras y de los hechos nació la verdad de ellas y fue justamente la incapacidad legal de destruir mis defensas y por ello se les aplicó el principio ya mencionado IN DUBIO PRO ACTIONE. Concluye solicitando el rechazo de los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el Acuerdo y Sentencia en estudio.-

Así las cosas, primeramente analizaremos la excepción de falta de acción planteada por la Procuraduría General de la Republica como medio general de defensa y en consecuencia examinar si se han cumplido los requisitos formales para recurrir ante la instancia judicial, debo analizar estas marras a los efectos de determinar si en las mismas se encuentra una Resolución Definitiva y como tal susceptible de ser recurrida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme lo estatuye como requisito previo para su tramitación el Art. 3 inc. a) de la Ley N° 1.462/35.

Así las cosas, tenemos que la Ley N° 1.462/35 expresa en su Art. 3: “La demanda contencioso administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones administrativas que reúnen los requisitos siguientes: a) Que acusen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas...”.

Al respecto el Dr. Salvador Villagra Maffiodo señala: “...las resoluciones por las cuales se absuelve o condena, son las definitivas, porque son las que ponen fin al procedimiento, y por ende son las susceptibles de ser recurridas...” (Pág. 81, Principios de Derecho Administrativo). Es decir, que la resolución es definitiva a los fines de la acción del particular afectado en su derecho cuando emana de la máxima autoridad administrativa que debe dictarla como último resorte, y causa estado, en cuanto cierra esta instancia impidiendo una nueva reclamación o reconsideración del interesado.

Que, luego de una atenta lectura de estas marras y en base al marco doctrinario expuesto, llego a la conclusión que en autos se ha recurrido un acto administrativo, que no pone fin al procedimiento por los motivos que paso a exponer. Por un lado tenemos que el accionante en su escrito de interposición de acción contencioso administrativa a fs. 90 expresó: “...Que,

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

en tiempo y forma, por el presente escrito viene a interponer Demanda contencioso Administrativo contra la NOTA 100, de fecha 3 de octubre de 2.013, de la "Secretaría Permanente de la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales". (sic.).

A fojas 127 de autos rola la NOTA N° 100 de fecha 3 de octubre de 2.013, emanada de la Secretaria Permanente de la Junta de Calificaciones de Servicios dirigida al Señor Jefe del Estado Mayor Conjunto GRAL DIV PEDRO ARISTIDES BAEZ CANTERO, y su OBJETO: Comunicar motivos adoptados por la Secretaría Permanente de la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales.

De una atenta lectura del acto administrativo recurrido se constata que el mismo no es un acto que pone fin al procedimiento, es un acto preparatorio dentro del procedimiento administrativo que no tiene carácter definitivo, y como se puede constatar la precitada NOTA N° 100/13 ni siquiera estaba dirigida al hoy accionante, es decir no se encuentra dentro las previsiones del Art. 3 de la Ley N° 1.462/35, por lo que no es susceptible de ser recurrida en sede administrativa en este caso en particular.

En esta inteligencia, que al no tener una constancia cierta del agotamiento de la instancia administrativa y al no existir en autos un acto administrativo que pueda ser considerado como definitivo, la presente acción no puede tener acogida favorable.

En merito a todo el panorama descripto corresponde HACER LUGAR a la excepción de Falta de Acción planteada por los fundamentos expuestos en la presente resolución y dada la manera que ha sido resuelta la cuestión el análisis de los otros agravios del apelante devienen innecesarios.

Por tanto, la presente acción NO puede tener acogida favorable, en consecuencia corresponde HACER LUGAR al recurso de Apelación y REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 425 de fecha 2 de setiembre de 2.015, dictado por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la perdedora en virtud de lo estatuido en los Art. 192, 203 Inc. b) y 205 del Código Procesal Civil, en ambas instancias. ES MI VOTO.

A SU TURNO, EL MINISTRO SINDULFO BLANCO, DIJO: me adhiero al voto de la Ministra preopinante por sus mismos fundamentos y me permito agregar lo siguiente: En su escrito de demanda el actor reclama la inclusión de su nombre en el Decreto N° 3745 de fecha 31 de diciembre de 2009, de ascenso de los Oficiales de la Promoción Año 2002 y la consecuente

recuperación del lugar original dentro de la remesa. Ahora bien, analizando los antecedentes del presente caso encontramos que al Tte. Inf. Jorge Isaac Miranda Abdala le correspondía ascender con la remesa del 2009, y en tal sentido fue llamado en dos oportunidades –por Orden General del Comando en Jefe N° 77 de fecha 09 de junio de 2009 y por Orden General N° 132 de fecha 02 de agosto de 2009- para examen de aptitud física, habiendo presentado en ambas oportunidades Certificado de la Junta de Reconocimiento Médico que le diagnosticó fractura expuesta en la rótula izquierda, a consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en acto de servicio. Por tal motivo, la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales, por Acta N° 166 de fecha 18 de noviembre de 2009, resolvió postergar su ascenso al grado inmediatamente superior.

Luego, por Orden General N° 56 de fecha 05 de junio de 2010 el Tte. Inf. Jorge Isaac Miranda Abdala fue llamado para examen de regularización de aptitud física; y en esta ocasión el mismo obtuvo la calificación 4.480 Re-probado, motivo por el cual la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales resolvió no conceder el ascenso y pasarlo al último lugar de la remesa siguiente, de conformidad a los Artículos 111 y 120 inc. c) de la Ley N° 1115/97 “Del Estatuto del Personal Militar”, que copiados respectivamente dicen: “El personal militar que pierda su remesa, sea por el motivo que fuere, pasará al final de la remesa siguiente. Asimismo, quien sobrepase a su propia remesa por méritos extraordinarios ocupará el final de la remesa que correspondiere”, “Además del tiempo mínimo de servicio en el grado establecido en el Anexo “2” para el ascenso, es necesario que el personal posea:...c) aptitud física comprobada”.

En la siguiente remesa el accionante de esta demanda fue llamado para examen de regularización de examen físico por Orden General N° 82 del Comando en Jefe de fecha 23 de junio de 2010 y obtuvo la calificación 8.478, por lo que la Junta de Calificaciones de Servicios para Oficiales de fecha 07 de octubre de 2010, por Acta N° 168, resolvió conceder el ascenso. Luego de este ascenso, el señor Jorge Isaac Miranda Abdala realizó varios pedidos de reconsideración de su antigüedad, inclusión de su nombre en el Decreto N° 3745 de fecha 31 de diciembre de 2009 y exclusión del Decreto N° 5906 de fecha 31 de diciembre de 2010, por el cual se le ascendió al grado inmediatamente superior. Estos pedidos fueron rechazados, respectivamente, por Acta N° 168 de fecha 7 de octubre de 2010, Acta N° 170 de fecha 06 de octubre de 2011, Acta N° 172 de fecha 11 de octubre de 2012 y Acta N°



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

174 de fecha 24 de octubre de 2013, todas de la Junta de Calificación de Servicios de Oficiales Ordinario (JCSO-O) de las Fuerzas Armadas de la Nación.

Del estudio de estos antecedentes se concluye, primeramente, que la Excepción de Falta de Acción opuesta por la Procuraduría General de la República debe prosperar, pues el actor impugna en estos autos la Nota N° 100 de fecha 3 de octubre de 2013, por la cual el Secretario Permanente de la Junta de Calificaciones comunica al Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de la Nación que la solicitud del Tte. 1° Inf. Jorge Isaac Miranda Abdala debe ser rechazada en razón del correcto actuar de la Junta de Calificaciones y que las solicitudes anteriores del recurrente, sobre el mismo tema, ya habían sido tratadas y rechazadas. Como ya lo ha expresado la Ministra Preopinante, esta Nota de carácter interno no reúne los requisitos del Art. 3° inc. a) de la Ley N° 1462/35 “Que establece el Procedimiento para lo Contencioso Administrativo” y, en consecuencia, no es susceptible de ser impugnada en el fuero contencioso-administrativo.

El actor venía solicitando ante las Fuerzas Armadas de la Nación la reconsideración de su antigüedad desde el año 2010 y promovió el presente juicio en el año 2013, contra una Nota de carácter interno que, como se ha dicho, resulta inimpugnabile en este fuero. Por otra parte, si bien es cierto que las peticiones de reconsideración de antigüedad fueron resueltas por la Junta de Calificaciones de Servicios de Oficiales, cuyas decisiones son inapelables por imperio del Art. 84 de la Ley N° 1115/97, el Tte. 1° Inf. Jorge Isaac Miranda Abdala tenía acción para impugnar el Decreto N° 3745 de fecha 31 de diciembre de 2009 de ascenso de Oficiales de su remesa. No habiendo impugnado este acto administrativo dentro del plazo legal, hoy en día se tornan irrevocables las actuaciones posteriores a este Decreto, considerando además que el mismo obtuvo la calificación Reprobado en el siguiente examen de aptitud física, lo que motivó su inclusión en el último lugar de la remesa siguiente de conformidad al Estatuto del Personal Militar. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MINISTRO LUIS MARIA BENITEZ RIERA, DIJO: Me adhiero al Voto de la Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos. ES MI VOTO.

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

JURISPRUDENCIA

VISTO: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la Excelentísima;  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

- 1) NO HACER LUGAR al Recurso de nulidad.
- 2) REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 425 de fecha 2 de setiembre de 2.015, dictado por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
- 3) COSTAS a la perdidosa.
- 4) ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Luis Maria Benitez Riera, Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco.

Ante mi: Norma Dominguez. Secretaria

\*\*\*

# TRIBUNAL DE CUENTAS

## Primera Sala

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

*Cuestión debatida: Se promueve demanda contencioso-administrativa contra un Decreto en donde supuestamente se le da de Baja deshonrosa a un Sargento Ayudante, sin antes instruirle sumario administrativo.*

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Baja deshonrosa.**

En ese contexto, primeramente debemos referir que la ley ut supra mencionada no dispone de la instrucción sumarial de manera previa para los efectivos de la fuerza militar activo, es por ello, que la ausencia de un sumario administrativo para el dictamienento de la presente resolución impugnada no causa ninguna nulidad del Decreto 2004 dictado por el Poder Ejecutivo.

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Baja deshonrosa. Junta de Calificación de servicios.**

Los fundamentos de la Junta de Calificación y el Poder Ejecutivo no se ajustó a derecho, pues, la normativa (Art. 129 inc. b) arriba descriptas disponen que ocurrirá la baja deshonrosa cuando el personal militar activo es condenado a más de 3 años de pena privativa de libertad. De los antecedentes mencionados, claramente se avizora que el actor de la presente demanda fue condenado a sólo 3 años de pena privativa de libertad. (Voto minoría).

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Baja deshonrosa. Junta de Calificación de servicios. Retiro de oficio.**

La reincorporación en el plantel del personal activo militar de las FF.AA. de la Nación peticionado por la parte actora es improcedente por lo ya explicado precedentemente, no sin antes manifestar que ante la revocación del Decreto N° 2.268 del 12 de abril de 2004 dictado por el Poder Ejecutivo y ante la imposibilidad de una reincorporación, corresponde que el órgano correspondiente dependiente del Poder Ejecutivo realice todos los trámites necesarios a los efectos de la aplicación del artículo 138 inciso a) de la Ley N° 1.115/97 - “Del Estatuto Militar”, ya que el pase a RETIRO DE OFICIO es una obligación de las Fuerzas Armadas de la Nación dependiente del Poder Ejecutivo, por tanto debe dictar el acto administrativo correspondiente, en este caso, como consecuencia de la revocación del Decreto.(voto minoría).

**LEY N° 1115/97 DEL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR. FUERZAS ARMADAS. Baja deshonrosa. Junta de Calificación de servicios.**

Por el acto administrativo se ajustó a derecho, pues, la Junta de Calificación de Servicios de Suboficiales de las FF.AA. consideró que debió aplicarse la baja deshonrosa en virtud a que el recurrente fue condenado a una pena de tres años de privación de cárcel. En efecto se halla dentro del contexto del marco legal la sanción recaída contra DARIO ALBERTO NUÑEZ MOLINAS y por consiguiente corresponde confirmar el Decreto recurrido (voto Mayoría).

**Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 04/05/2017. “Darío Roberto Nuñez Molinas c/ Decreto N° 2.268 de fecha 22/04/2004, Dict. por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 32).**

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió plantear y votar la siguiente.

**CUESTIÓN:**

Está ajustado a derecho el acto administrativo impugnado?.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RODRIGO A. ESCOBAR E., AMADO VERÓN DUARTE Y MARTÍN AVALOS VALDEZ.

## TRIBUNAL DE CUENTAS

Y EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR E., DIJO: Que, en fecha 10 de mayo de 2012, se presenta el abogado Marcelino E. Arévalos, en representación del señor Darío Roberto Nuñez Molinas, a promover demanda contencioso administrativo. Funda la demanda en los siguientes términos: "... Que, cumpliendo expresas instrucciones de mi nombrado instituyente, vengo por el presente escrito a promover acción contencioso-administrativa contra el Decreto del Poder Ejecutivo N° 2268, de fecha 22 de abril de 2004, del cual mi parte acaba de tener conocimiento oficial a través de estas líneas, dirigiendo esta acción contra la Procuraduría General de la República, representada por el Sr. Procurador General de la República, con domicilio en José Berges N° 1007 c/Perú, de esta Capital, fundándola en las siguientes consideraciones de hechos y de derecho que seguidamente paso a exponer: Que mi mandante, ha venido desempeñándose dentro de las FF. AA. de la Nación en carácter de Sargento Ayudante Material Bélico, hasta que en virtud del referido Decreto el Poder Ejecutivo ha dispuesto su baja deshonrosa, sin brindarle la más mínima defensa ni sumario en el ámbito castrense. Que el mencionado Decreto deviene absolutamente nulo, ilegítimo y arbitrario, teniendo en cuenta que se ha promulgado en violación a las normas constitucionales y legales vigentes, afectando a su legítimo derecho a la defensa, dejándolo de manera arbitraria fuera de las filas de las Fuerza Armadas de la Nación. El art. 138 de la Ley 1115/97 del Estatuto del Personal Militar, establece las condiciones requeridas para que se dé el pase a retiro de oficio, y dice al respecto: "El retiro de oficio se otorga al militar que esté incluido dentro de uno de los siguientes incisos: a) Que haya cumplido los años de actividad como oficial, sub-oficial o empleado militar que se establecen en el ANEXO 3. (El Sargento Ayudante -que ha sido la jerarquía de mi mandante- no se halla incluido dentro de este anexo). Que el Coronel o capitán de navío haya cumplido cinco años en el grado. b) Que en el grado de coronel o equivalente y grados superiores es ascendido un oficial de menor antigüedad, dentro de cada fuerza u organización militar. c) Que haya sido declarado inepto para el servicio activo por la Junta de Reconocimiento médico. e) Que haya alcanzado la edad límite que para cada grado se establece en el Anexo 4. f) Que en las clasificaciones anuales figure en la Lista N° 5 insuficiente. g) Que en las clasificaciones anuales figure dos veces dentro del grado, en la lista N° 4 -aceptable. h) Por drogadicción o alcoholismo consuetudinario o crónico debidamente comprobado, e i) Por condena emanada de la Justicia

Militar o decisión de la Junta de Calificaciones de Servicios. Por otra parte, la misma disposición legal establece que se ordenará la formación de un sumario en casos de reclamos o conflictos (Art. 83, inc. b), lo cual en el caso de autos, no se cumplió. Mi instituyente, al tiempo de ser pasado a retiro, contaba con 11 años de antigüedad en las FF.AA., según así se podrá comprobar con los documentos obrantes en el Legajo Personal obrante en la Sección de Suboficiales del Comando en Jefe de las FF.AA. de la Nación, que desde ya solicito se traiga a la vista de ese Excmo. Tribunal de VV.EE. como prueba de la parte que represento, librando el correspondiente oficio. Que, conforme se demostrará en la estación oportuna, mi instituyente no se halla incluido en ninguno de los incisos o requisitos exigidos por la Ley mencionada para que se disponga su pase a retiro...”.

Termina solicitando, que previo los tramites de estilo, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, dicte Sentencia, haciendo lugar a la presente demanda contencioso administrativa, con costas.

Que, a fojas 131 de autos consta el informe del actuario, de fecha 24 de abril de 2015, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, tiene por decaído el derecho de la Procuraduría General de la República, en cuanto a la contestación de la demanda.

Que, a fojas 132 de autos, consta el A.I. N° 674, fecha 29 de junio del 2015, donde se declara la competencia del Tribunal para entender en el presente juicio y existiendo hechos que probar, recibir la causa a prueba por todo el término de ley.

Que, a fojas 198 de autos, consta el informe del Actuario, de fecha 21 de julio de 2016, donde el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, llama AUTOS PARA SENTENCIA.

Y, EL EXCMO. SEÑOR MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA, DR. RODRIGO A. ESCOBAR E. prosiguió diciendo QUE: se presentó el Abog. Marcelino E. Arévalos con matrícula C.S.J. N° 159, en representación del señor Darío Roberto Núñez Molinas, bajo patrocinio de Abogada, a los efectos de promover demanda contencioso-administrativa contra el Decreto N° 2.268 del 22 de abril de 2004, dictado por el Poder Ejecutivo.

La parte actora peticionó a este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, la revocación del Decreto N° 2.268 del 22 de abril de 2004, dictado por el Poder Ejecutivo y se ordene la reincorporación del señor Darío Roberto Núñez Molinas en las Fuerzas Armadas de la Nación y el pago de los salarios

## TRIBUNAL DE CUENTAS

caídos y otras remuneraciones anexas, en el nivel jerárquico que le correspondía.

El Decreto N° 2.268 del 22 de abril de 2004 (fs. 25/26) dispuso DAR DE BAJA DESHONROSA de las Fuerzas Armadas de la Nación al Sargento Ayudante de Material Bélico Darío Roberto Núñez Molinas; según los antecedentes, la máxima sanción aplicada al Sgto. Ayudante de Material Bélico Darío Roberto Núñez Molinas por parte del Presidente de la República, fue por haber sido condenado a 3 (tres) de pena privativa de libertad por S.D. N° 92 de fecha 26 de noviembre de 2001 (fs. 167/181) dictado por el Juzgado Penal de Garantías de Paraguarí en la causa caratulada: “MINISTERIO PÚBLICO c/ DARÍO ROBERTO NÚÑEZ M., JOSÉ ALBERTO SOSA BENITEZ, RAMON JAVIER MUJICA PEREZ y MAURICIO SUAREZ PAREDES s/ ROBO AGRAVADO”.

La parte actora manifestó que el acto administrativo impugnado es nulo porque le aplicaron una sanción sin antes instruirle sumario administrativo violándole su derecho a la defensa.

Por su parte, la demandada alega que el acto administrativo se ajustó a derecho, pues, la Junta de Calificaciones de Servicios de Suboficiales de las FF.AA. consideró que debió aplicarse la baja deshonrosa en virtud a que el recurrente fue condenado a una pena mayor a tres años de privación de cárcel, estando en potestad de aquello el Presidente de la República.

Como primer punto debemos analizar los elementos probatorios que fueron agregados en el expediente, en ese sentido, tenemos que obra a fs. 21/56 los antecedentes administrativos, de los cuales consta a fs. 25/26 el Decreto N° 2.268 de fecha 22 de abril de 2004 dictado por el Poder Ejecutivo, por el cual se dispuso la baja deshonrosa del recurrente.

A fojas 28 consta la Nota JCSSO N° 7 del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación de fecha 6 de enero de 2004 por la Junta de Calificaciones de Servicios de Suboficiales por el cual solicitan al Ministro de Defensa Nacional la baja deshonrosa del recurrente en virtud a las disposiciones contenidas en los artículos 126 inc. b), 128, 129 inc. b) de la Ley N° 1.115/97 “Del Estatuto del Personal Militar”.

A fojas 34/40 de esta obra copia del Acta N° 14 de la Junta de Calificaciones de Servicios de Suboficiales de fecha 09 de diciembre de 2003, por el cual resolvieron por unanimidad dar de baja deshonrosa del cuadro permanente de las FF.AA. de la Nación al Sgto. Ayudante Darío Roberto Núñez

Molinas de conformidad a la Ley N° 1.115/97, artículos 126 inciso b), 128 y 129 inciso b) de la citada ley.

A fojas 156/158 consta la copia del ya citado Acta N° 14 por el cual consta las fundamentaciones por el cual se recomendó la baja deshonrosa de la parte actora, donde dejaron constancia de que el mismo fue autor de un hecho punible de HURTO DE DOS FUSILES G-3 EN LAS TROPAS DEL CUARTEL GENERAL DEL COMANDO DE LAS FUERZAS MILITARES.

A fojas 167/181 consta la Sentencia Definitiva N° 92 de fecha 26 de noviembre de 2001 del Juzgado Penal de Garantías de Paraguarí, por el cual fue condenado a 3 años de pena privativa de libertad del Sgto. Ayudante Darío Roberto Núñez Molinas, por el hecho punible mencionado precedentemente.

A fs. 183 de autos obra los Antecedentes Judiciales-Área Penal del señor Darío Roberto Núñez Molinas, en el cual se constata que el recurrente tiene dos antecedentes penales y son los siguientes:

Causa: “H.P. DARÍO NÚÑEZ s/ ATROPELLO A DOMICILIO- N°: 1-1-0-0-1996-3757”, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del 7mo. Turno, en estado con Sobreseimiento provisional dispuesto por A.I. N° 3.048 de fecha 23/09/1999.

Causa: “MINISTERIO PÚBLICO c/ DARÍO ROBERTO NÚÑEZ y OTROS s/ ROBO AGRAVADO, LESIÓN DE CONFIANZA Y OTROS” – N° 10-1-2-6-2001-2065”, estado procesal: Condenado – Pena privativa, dispuesto por S.D. N° 92 de fecha 26 de noviembre de 2001 del Juzgado Penal de Garantías de Paraguarí, última actuación dispuesto por A.I. N° 645/04.

A fojas 195/196 de estos autos consta el pliego de absolución de posiciones y la respectiva acta de audiencia del señor Darío Roberto Núñez Molinas.

La legislación castrense, la suscitada Ley N° 1.115/97 - “Del Estatuto Militar” dispone: “...Art. 126.- La baja del personal se produce de manera: a) honrosa; y b) deshonrosa; Art. 128.- La baja deshonrosa es la calificación punitiva más grave para el militar y consiste en la pérdida del estado militar y la absoluta privación de todas las prerrogativas y beneficios con excepción de los haberes de retiro. Art. 129.- La baja deshonrosa se produce por las siguientes causas: a) por haber sido condenado por los Tribunales Militares a penas que conlleven esta sanción; b) por haber sido condenado por los Tribunales Ordinarios a sufrir pena mayor a tres años de penitenciaría, por la comisión de delitos; c) por conducta indigna considerada y declarada



## TRIBUNAL DE CUENTAS

por los Tribunales de Honor; y d) por haber sido declarado en rebeldía o contumacia por los Tribunales. Artículo 130.- La baja del personal militar será dispuesta por el Poder Ejecutivo cuando corresponda legal y reglamentariamente...”.

En cuanto al primer punto, es decir, “Si existió o no vicios en el dictamiento del Decreto impugnado”; en este punto, se tiene que la actora manifiesta que el decreto impugnado es nulo porque no se le instruyó sumario administrativo previamente antes de decretar su baja deshonrosa.

En ese contexto, primeramente debemos referir que la ley ut supra mencionada no dispone de la instrucción sumarial de manera previa para los efectivos de la fuerza militar activo, es por ello, que la ausencia de un sumario administrativo para el dictamiento de la presente resolución impugnada no causa ninguna nulidad del Decreto N° 2.268 del 22 de abril de 2004 dictado por el Poder Ejecutivo.

Bajo tales argumento considero también inadmisibles la pertinencia de la presente demanda, pues, como bien es sabido el procedimiento administrativo siempre conlleva una situación de desigualdad entre el administrado y la Administración; y ello ocurre en todos los órganos públicos en general y no solo en sede MILITAR, es por ello, que la Ley prevé un organismo con carácter independiente e imparcial como lo es el Tribunal de Cuentas, justamente a los efectos de revisar todas las resoluciones administrativas para controlar la legalidad de las mismas y para brindar a los administrados las más amplias garantías procesales a los efectos de que puedan defender sus intereses.

Al respecto la ley 1462/35 en su art. 2 manifiesta: “...A los efectos de la jurisdicción conferida al Superior Tribunal, se reputará también causa contencioso administrativo, además del caso previsto en el artículo 43 de la Ley 324, Orgánica de los Tribunales, la lesión de derecho administrativo, causada contra la administración pública por la autoridad administrativa, cuando procede en uso de sus facultades regladas...”. En consecuencia, la Ley prevé la posibilidad de que cuando el administrado sienta que sus derechos no han sido respetados íntegramente, los mismos puedan ser oídos por sujetos imparciales en sede jurisdiccional, por lo tanto la Actora encuentra a su disposición las más amplias facultades para el ejercicio de sus defensas sobre la improcedencia de la determinación de la sanción disciplinaria, practicada en su contra por el Poder Ejecutivo, por lo que este Excmo.

Tribunal de Cuentas está obligado a analizar todos los elementos que sirvieron de basamento para dictar el acto administrativo, con lo cual quedaría subsanado cualquier vicio que hubiese sufrido en sede administrativa.

A más de ello, debemos recordar que en materia procesal no existe la nulidad por la nulidad misma salvo cuando la ley muy expresamente lo diga, de conformidad a nuestro Código Procesal Civil que expresa en su art. 111 lo siguiente: “...PROCEDENCIA DE LA NULIDAD. Ningún acto del proceso será declarado nulo si la nulidad no está conminada por la ley. Podrá, no obstante, pronunciarse la nulidad, si el acto carece de un requisito formal o material indispensable. Si el acto s, aunque fuere irregular, no procederá su anulación...” y sobre tal norma el Jurista Paraguayo Hernán Casco Paganó manifiesta en su libro Código Procesal Comentado diserta cuanto sigue: “...PRINCIPIO DE FINALIDAD: El cual se sobrepone al mencionado precedentemente, en su virtud no existe nulidad por la nulidad misma, vale decir en el sólo beneficio de la ley. El Artículo sub examine incorpora al Código, en cuanto al régimen de la nulidad de los actos procesales, el Principio de finalidad o finalista por cuya virtud las formas procesales no tienen un fin en sí mismas. Su razón de ser consiste en asegurar a los litigantes la libre defensa de sus derechos y una sentencia justa. La misión de la nulidad no consiste en asegurar la observancia de las formas procesales, las cuales no tienen un fin en sí mismas, sino asegurar el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley. Las formas constituyen el medio o instrumento de que el legislador se vale para hacer electiva la garantía de la defensa en juicio. En los casos en que esa garantía aparezca violada la nulidad debe ser declarada, aunque se carezca de texto expreso de la ley. En materia de nulidades procesales campea el Principio de la instrumentalidad de las formas, en virtud del cual la posibilidad de la invalidez de los actos del proceso debe juzgarse teniendo en cuenta, en primer lugar, la finalidad que en cada caso concreto el acto está destinado a lograr, de manera que el mismo, aunque irregular, no será nulo si ha cumplido su objeto, su fin...”.

Por lo tanto, no se puede declarar la nulidad de un procedimiento administrativo siendo que el administrado tiene todas las oportunidades para el ejercicio de la defensa de sus pretensiones en sede jurisdiccional, en consecuencia, debe rechazarse el presente argumento esgrimido por la Actora.

Seguidamente corresponde analizar, si el acto administrativo se ajustó a derecho, conforme a los elementos probatorios y antecedentes agregados en este juicio y conforme a las normativas legales vigentes.

## TRIBUNAL DE CUENTAS

De esta manera, tenemos que el Sgto. Ayudante Darío Roberto Núñez Salinas, personal militar, fue imputado por el Ministerio Público por la supuesta comisión de Hecho Punible de ROBO AGRAVADO, conforme a las documentales citada más arriba, que luego durante la tramitación del proceso penal, por requerimiento Fiscal se solicitó el cambio de calificación a HURTO y ASOCIACIÓN CRIMINAL conforme a lo establecido en el artículo 161 y 239 del C.P.P. y en virtud a las declaraciones de los imputados.

De la lectura del considerando de la S.D. N° 92 de fecha 26 de noviembre de 2001 dictado por el Juzgado Penal de Garantías de Paraguarí, el recurrente fue encontrado culpable de los hechos que le fueron imputados. Debemos hacer un recuento de aquellos hechos: el 25 de mayo de 2001 ocurrió un robo al Banco Nacional de Fomento de Carapeguá de la suma de G. 1.007.568.000 (Guaraníes un mil, siete millones, quinientos sesenta y ocho mil) y el recurrente reconoció los hechos en carácter de autor, por lo que fue condenado a tres años de pena privativa de libertad.

Antes de pasar al análisis de la cuestión debatida, debemos dejar en manifiesto que los escritos presentados por la parte demandada resultan absolutamente insuficientes y escuetos con respecto al ámbito de la discusión de la controversia, es decir, la justicia militar, pues, denota un claro alejamiento de las actuaciones ocurridas en sede administrativa.

Los fundamentos de la Junta de Calificación y el Poder Ejecutivo no se ajustó a derecho, pues, la normativa (Art. 129 inc. b) arriba descriptas disponen que ocurrirá la baja deshonrosa cuando el personal militar activo es condenado a más de 3 años de pena privativa de libertad. De los antecedentes mencionados, claramente se avizora que el actor de la presente demanda fue condenado a sólo 3 años de pena privativa de libertad.

En consecuencia, por la restrictividad de la aplicación de las normas administrativas no permite que hagamos una interpretación extensiva, por ello, al no superar la condena los tres años, o sea, 3 años y 1 día o más, no se le puede aplicar la baja deshonrosa al señor Darío Roberto Núñez Molinas, dispuesto en el “Estatuto del Personal Militar”, e n virtud al Principio de Legalidad, motivo por el cual debemos estar por la revocación del acto administrativo impugnada por no ajustarse a derecho, en virtud a la aplicación e interpretación del Art. 129 de la Ley N° 1.115/97 “DEL ESTATUTO MILITAR”.

Por otra parte, esta Magistratura trae a colación la Ley N° 4.220/10-”QUE MODIFICA EL ANEXO 2 DE LA LEY N° 1.115/97-DEL ESTATUTO

MILITAR” en el cual queda consignada el tiempo mínimo de servicios requeridos en el grado para el ascenso en las Fuerzas Armadas, es así, que para Sargento 1° del Ejército deberá permanecer un tiempo mínimo de 6 años el militar que desea ascender a Sgto. Ayudante.

En tanto el Anexo 3 de la Ley N° 1.115/97 “DEL ESTATUTO MILITAR” establece que el año de actividad máxima en el rango de Sargento 1° del Ejército es de 36 años.

Conforme a la Copia del Legajo de Personal agregado a fs. 151 de estos autos como así también el antecedente administrativo obrante a fs. 43 de autos –que no fue impugnado por la parte actora- podemos constatar que el militar DARÍO ROBERTO NÚÑEZ MOLINAS fue dado de baja estando en el grado de SARGENTO 1°, no así como Sgto. Ayudante, por lo tanto, el señor DARÍO ROBERTO NÚÑEZ MOLINAS, nacido en la ciudad de Presidente Franco en fecha 22 de agosto de 1976, contaba con 35 años de edad, es decir, estaba al límite de la edad máxima de actividad para el grado alcanzado.

Esta motivación me hace entender que es improcedente la reincorporación del accionante como personal Militar activo de las Fuerzas Armadas de la Nación, ya que de ordenarse una reincorporación este Tribunal estaría incurriendo en un despropósito con respecto a la Ley del Estatuto Militar que dispone la edad máxima que un militar puede estar en un grado o jerarquía, amén, mencionar que podríamos violentar el Principio de Legalidad que obliga a los Magistrados a aplicar las normativas vigentes enmarcados estrictamente a sus enunciaciones, sopena de declararse a posteriori su inconstitucionalidad o en su defecto su nulidad ante la superioridad.

Por las fundamentaciones explicitadas precedentemente, debemos concluir que no existió nulidad en el procedimiento administrativo y que la resolución impugnada -si bien no se ajustó a derecho- tampoco reunió méritos para que se declare la nulidad de la misma, por consecuencia de la aplicación de la normativa vigente y los hechos probados en autos, esta Magistratura considera que la BAJA DESHONROSA calificada por el PODER EJECUTIVO -como consecuencia de la recomendación de la Junta de Calificación de Servicio de Suboficiales- NO SE AJUSTÓ A LO QUE DISPONE EL ART. 129 DEL ESTATUTO MILITAR, ya que la condena del actor no superó los 3 (tres) años de pena privativa de libertad, por lo que la sanción aplicada por la parte demandada debe ser revocada por imperio de la Ley.

## TRIBUNAL DE CUENTAS

En tanto a la reincorporación en el plantel del personal activo militar de las FF.AA. de la Nación peticionado por la parte actora es improcedente por lo ya explicado precedentemente, no sin antes manifestar que ante la revocación del Decreto N° 2.268 del 12 de abril de 2004 dictado por el Poder Ejecutivo y ante la imposibilidad de una reincorporación, corresponde que el órgano correspondiente dependiente del Poder Ejecutivo realice todos los trámites necesarios a los efectos de la aplicación del artículo 138 inciso a) de la Ley N° 1.115/97 - "Del Estatuto Militar", ya que el pase a RETIRO DE OFICIO es una obligación de las Fuerzas Armadas de la Nación dependiente del Poder Ejecutivo, por tanto debe dictar el acto administrativo correspondiente, en este caso, como consecuencia de la revocación del Decreto N° 2.268 del 22 de abril de 2004 impugnado.

Así también, al no constar que el señor DARÍO ROBERTO NÚÑEZ MOLINAS haya presentado a prestar servicio o que haya solicitado su reincorporación en su Unidad de servicio desde el año 2004, podemos entender que éste no prestó ningún servicio que amerite el pago por servicios no prestados, conforme a las constancias que obran en autos.

Ante los fundamentos esgrimidos por esta Magistratura, soy del criterio que la conducta antiética e inmoral de la parte actora debe ser sancionada, siempre que la ley así lo exprese y en la medida que lo determine, por lo tanto, me permito votar por la NEGATIVA DE LA CUESTIÓN, debiendo este Tribunal de Cuentas, Primera Sala, HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda contencioso-administrativa que promovió el Abog. Marcelino E. Arévalos con matrícula C.S.J. N° 159 y María Luisa Arévalos de Vera con matrícula C.S.J. 14.054, en representación del señor DARÍO ROBERTO NÚÑEZ MOLINAS contra el DECRETO N° 2.268 DEL 22 DE ABRIL DE 2004, dictado por el Poder Ejecutivo, en consecuencia, REVOCAR el acto administrativo impugnado, NO HACER LUGAR a la reincorporación al plantel de personal permanente de las Fuerzas Armadas, peticionado por la parte actora por los fundamentos ya expuestos, DISPONER que la parte demandada realice todos los trámites suficientes, tendientes a la aplicación del artículo 138 inciso a) de la Ley N° 1.115/97 en favor de la parte actora; NO HACER LUGAR al pago de los haberes caídos ya que no quedó probado que el actor prestó servicio o que se haya presentado a su Unidad a prestar servicios, IMPONER las costas en el orden causado, conforme al vencimiento recíproco de las partes en virtud a lo que dispone el artículo 195 del C.P.C. ASÍ VOTO.

Seguidamente, Conforme a los preceptos establecidos en el artículo 9 de la Ley 1.376/88 – “Que Regula los Honorarios de Abogados y Procuradores” corresponde al momento de dictar Sentencia efectuar el justiprecio del trabajo de los profesionales intervinientes. En el caso de los profesionales de la Procuraduría por disposición expresa de las normas vigentes no está permitido realizar el justiprecio de sus trabajos.

De las constancias de autos surge que por la PARTE ACTORA, se presentó el Abog. Marcelino E. Arévalos con matrícula C.S.J. N° 159 y María Luisa Arévalos de Vera con matrícula C.S.J. 14.054, ambos su doble carácter, a quién se debe justipreciar sus trabajos profesionales, valorando las instancias donde se desempeñó, el monto, la complejidad, el valor y provecho obtenido por las partes y la naturaleza del proceso, entendiendo que en el proceso contencioso-administrativo se debe efectuar la regulación conforme al Artículo 63 del mismo Cuerpo Legal, que establece que en esta jurisdicción los honorarios serán regulados conforme alguno de estos tres presupuestos: a) Que cuenten con un monto determinado, aplicándose el porcentaje establecido en el Artículo 32; b) Si el hecho litigioso fueran prestaciones periódicas, se tomarán en cuenta para su regulación las correspondientes a doce meses; y c) Si el proceso no fuera perceptible de apreciación económica, los honorarios no será inferiores a ciento veinte jornales.

En el mismo orden de ideas, surgen de las constancias arrimadas a estos autos, que la pretensión en este juicio NO POSEE UN VALOR ECONÓMICO DETERMINADO A “SIMPLE VISTA”, pues se debatió sobre la legalidad del DECRETO N° 2.268 DEL 22/ABR/2004, dictado por el PODER EJECUTIVO, que dispuso la BAJA DESHONROSA del Sgto. Ayudante Darío Roberto Núñez Molinas, por lo que corresponde necesariamente aplicar el tercer presupuesto expuesto al estudiar el Artículo 63 citado en el párrafo que antecede.

Sin embargo, como ya es jurisprudencia pacífica la estipulación de los ciento veinte jornales (120) fue efectuada como UN MÍNIMO, del cual puede desprenderse el Tribunal si encontrara mérito para ello.

Al analizar el trabajo desempeñado por los profesionales, conforme a los parámetros ya expuestos, sin olvidar valorar las etapas donde litigaron, considero equitativo justipreciar a los profesionales conforme al siguiente esquema:

**ABOGADOS Matrícula Etapa Inicial Etapa probatoria Memorial  
PARTE ACTORA MARCELINO E. AREVALOS 159 X X**

## TRIBUNAL DE CUENTAS

MARIA L. AREVALOS V. 14.054 X X X

En ese sentido, además de la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron por la parte actora, es conveniente aplicar lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”, que establece que en los juicios donde el Estado paraguayo o sus entes, actúen como demandante o demandando, los Honorarios de los Profesionales no podrán exceder del 50% del mínimo legal y a todo esto adicionar el 10% sobre cada monto en concepto de Impuesto al Valor Agregado dispuesto por la Acordada N° 337/04.

R.H.P. Matrícula C.S.J. Carácter Jornales Monto Aplicación del Art. 29 - Ley N° 2.421/04 I.V.A. 10%

Parte Actora MARCELINO E. AREVALOS 159 DOBLE 140  
10.578.120 5.289.060 528.906

MARIA L. AREVALOS V. 14.054 Patrocinante  
/DOBLE 120 9.066.960 4.533.480 453.348

A SU TURNO EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. AMADO VERON DUARTE DIJO: Que, luego del análisis realizado de las constancias de autos me permito disentir con el voto del Excmo. Colega Preopinante con respecto a los argumentos referidos en los puntos que hacen relación a la revocatoria parcial del acto administrativo impugnado, fundado en las siguientes consideraciones:

Que, el fondo de la cuestión consiste en determinar si la baja deshonrosa aplicada al recurrente se ajustó a derecho.

Que a fs. 167 de autos obra la S.D. N° 92 de fecha 26 de noviembre del 2001, dictada por el cual el Juez Penal de Garantías de la Circunscripción Judicial de Paraguari, por medio del cual resolvió: “HACER LUGAR a la Aplicación del Procedimiento Abreviado deducido en autos a favor de los imputados ....DARIO ROBERTO NUÑEZ MOLINAS... sindicados como autores del Hecho Punible de HURTO Y ASOCIACION CRIMINAL ... CONDENAR A DARIO ROBERTO NUÑEZ MOLINAS, a sufrir la pena privativa de libertad de 3 (tres años)...” .

Que este Magistrado sostiene el criterio de que al ser beneficiado el recurrente con la aplicación del procedimiento abreviado, se redujo la condena y se modificó la conducta antijurídica atribuida a los imputados por el Hecho Punible de HURTO Y ASOCIACIÓN CRIMINAL. En efecto el Decreto N° 2268 de fecha 22 de abril de 2004, por el medio del cual se establece

la baja deshonrosa de las Fuerzas Armadas de la Nación a Suboficiales entre ellos el Sargento Ayudante Material Bélico Darío Roberto Núñez Molinas se basa en lo resuelto por la Junta de Calificación de Servicios de Suboficiales en su sesión del 9 de diciembre del 2003, Acta N° 14 (fs. 156/158). Por el acto administrativo se ajustó a derecho, pues, la Junta de Calificación de Servicios de Suboficiales de las FF.AA. consideró que debió aplicarse la baja deshonrosa en virtud a que el recurrente fue condenado a una pena de tres años de privación de cárcel. En efecto se halla dentro del contexto del marco legal la sanción recaída contra DARIO ALBERTO NUÑEZ MOLINAS y por consiguiente corresponde confirmar el Decreto recurrido.

Que, por los motivos expuestos concluyo que corresponde rechazar la presente demanda contencioso administrativa y, en consecuencia, se debe confirmar el Decreto N° 2268 del 22 de abril del 2004, dictado por el Poder Ejecutivo. Que en cuanto a las costas corresponde imponerlas a la parte perdedora. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL EXCMO. MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. MARTIN AVALOS VALDEZ, manifiesta que se adhiere al voto del Excmo. Conjuez Dr. Amado Verón Duarte por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por ante mí el Secretario Autorizante, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA,  
R E S U E L V E:

1.- NO HACER LUGAR a la demanda contencioso-administrativa que promovió el Abog. Marcelino E. Arévalos con matrícula C.S.J. N° 159 y María Luisa Arévalos de Vera con matrícula C.S.J. 14.054, en representación del señor DARÍO ROBERTO NUÑEZ MOLINAS contra el DECRETO N° 2.268 DEL 22 DE ABRIL DE 2004, dictado por el Poder Ejecutivo por los fundamentos expuestos, en consecuencia;

2.- CONFIRMAR el Decreto N° 2268 del 22 de abril de 2004, en el exordio de la presente resolución;

3.- IMPONER las costas a la perdedora.

4.- ANOTAR, notificar, registrar y comunicar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.



## TRIBUNAL DE CUENTAS

Magistrados: Rodrigo Escobar Espinola, Amado Veron Duarte, Martin Avalos Valdez.

Ante mí: Esteban Gonzalez, Actuario.

\*\*\*

### AUTO INTERLOCUTORIO N° 1.032

***Cuestión debatida:** Se estudia la excepción por defecto formal y de falta de Acción opuesta por la Procuraduría para concluir si el accionante ha agotado la instancia administrativa previa para promover demanda ante este Tribunal.*

#### **PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.**

Que no constituye precisamente la falta de acción con el argumento planteado por el Procurador General de la Republica en el sentido de que no tenga supuestamente la legitimación activa; sino más bien, el recurrente no ha agotado la instancia administrativa para el planteamiento de la presente demanda, y por consiguiente no se ajusta al requerimiento previsto por el Art. 3 de la Ley N° 1462/35, por tanto, Corresponde Rechazar Oficiosamente la presente demanda en el estado que se encuentra. Con respecto a los otros puntos planteados por la parte accionada, la excepción de defecto legal resulta inoficiosa su estudio. (Voto minoría).

#### **PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Necesidad de agotar Recursos Ordinarios. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.**

El recurso contencioso-administrativo no es admisible frente a un acto de trámite. Con la declaración de irrecurribilidad de los actos de trámites se persigue que las declaraciones de los interesados no interfieran ni paralizen el curso del procedimiento hasta que recaigan actos decisorios, de modo que se sustrae a la actividad impugnatoria de los particulares afectados por la actuación de la Administración meras actuaciones administrativas de carácter interlocutorio, evitando la paralización del expediente. La interposición de un recurso en vía judicial frente a un acto de trámite conllevará la declaración de inadmisibilidad del mismo, al considerar que el recurso se dirige frente a un acto, actuación o disposición no susceptible de

impugnación..., los actos de trámites no pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa de forma autónoma o separada del acto administrativo definitivo al que se encuentran indisolublemente conectados a estos efectos (Voto mayoría).

**Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 14/11/2017. “Elvio Galeano Forcad contra el Informe N° 9/16 de fecha 07 de abril de 2016, dictado por la Asesoría Jurídica del Centro Financiero N° 2 del Comando del Ejército” (A.I. N° 1.032).**

VISTAS: Las Excepciones de Defecto Legal y de Falta de Acción opuesta por la Procuraduría General de la Republica como de previo y especial pronunciamiento en el juicio ut supra mencionado y;

CONSIDERANDO:

A SU TURNO, EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA, DR. AMADO VERON DUARTE, DIJO:

Que en el escrito obrante a fs. 93/104 de autos, el Procurador General de la Republica, opuso Excepción de Defecto legal y falta de acción como de previo y especial pronunciamiento en los siguientes términos, entre otros: “... Que, el señor Elvio Galeano Forcado no ha cumplido el requisito (a) del artículo 215 del C.P.C., ya que en forma oscura denuncia en su escrito de demanda su domicilio real, supuestamente en: “calles Avda. Cnel. Bóveda (al lado de ESSAP) DISERJUMIL de al ciudad de Asunción”. Esta situación no deja en la nebulosa de conocer con exactitud... Excepción de la falta de acción por falta de legitimación activa del personal militar en servicio activo para reclamar decisiones administrativas que no causan estado dictadas por un departamento del Ministerio de Defensa Nacional, opuesta en carácter de previo y especial pronunciamiento...El trámite administrativo gestado por el actor en el seno de las fuerzas armadas. Antecedentes fácticos previos a la interposición del recurso contencioso administrativo”.

Que por providencia de fecha 18 de mayo de 2.017 (fs. 105) se tuvo por opuesta las Excepciones de Defecto Legal y de Falta de Acción como de previo y especial pronunciamiento y de la misma se corrió traslado a la actora por todo el término de ley.

Que a fs. 114 se presentó la parte actora a allanarse a la excepción de defecto legal.

## TRIBUNAL DE CUENTAS

Que por providencia de fecha 04 de agosto de 2.017 (fs.117) este Tribunal llamó AUTOS PARA RESOLVER LAS EXCEPCIONES DE DEFECTO LEGAL Y FALTA DE ACCION.

Que del estudio de la Excepción de Falta de Acción opuesta por Dirección de Contrataciones Públicas como previo y especial pronunciamiento. Al respecto, el Art. 224 del Código Procesal Civil dispone: "...Excepciones admisibles: Solo serán admisibles como previas las siguientes excepciones:... c) falta de acción cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no ocurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva".

Que expuestos los antecedentes fácticos de las resoluciones recurridas, corresponde seguidamente determinar si el accionante ha agotado la instancia administrativa previa para promover demanda ante este fuero contencioso administrativo. En este sentido, el Art. 3° de la Ley 1462/35 "Que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo", dispone que: "La demanda contencioso administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones administrativas que reúnen los requisitos siguientes: a) Que causen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas; b) Que la resolución de la administración proceda del uso de sus facultades regladas; c) Que no exista otro juicio pendiente sobre el mismo asunto; d) Que la resolución vulnere un derecho administrativo pre-establecido a favor del demandante". En el caso de autos, el último acto administrativo dictado en sede administrativa es el Informe N°09 de fecha 07/04/17 dictada por la Asesoría Jurídica del Centro Financiero N° 2 del Comando del Ejército, por lo que cabe analizar si el mismo se constituye en un acto administrativo que cause estado, requisito sine qua non para la admisión de la demanda contencioso administrativa.

Que no constituye precisamente la falta de acción con el argumento planteado por el Procurador General de la Republica en el sentido de que no tenga supuestamente la legitimación activa; sino más bien, el recurrente no ha agotado la instancia administrativa para el planteamiento de la presente demanda, y por consiguiente no se ajusta al requerimiento previsto por el Art. 3 de la Ley N° 1462/35 "QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, por tanto, Corresponde Rechazar Oficiosamente la presente demanda en el estado que se

encuentra. Con respecto a los otros puntos planteados por la parte accionada, la excepción de defecto legal resulta inoficiosa su estudio.

Que en cuanto al estudio de las costas, corresponde imponer en el orden causado en razón de que el accionante fue inducido para recurrir ante el Tribunal de Cuentas en función a lo consignado en el Informe N° 9 de fecha 07 de abril de 2.016 dictado por el Centro Financiero N° 2 del Comando del Ejército refrendado por el Director del Centro Financiero N° 2 Ygnacio Francisco Zarate López y la Asesora Jurídica del CF N° 2 Cynthia Vera Riveros, donde textualmente dice: “CONCLUSION: Por tanto y en base a los documentos que hacen al presente expediente, es menester que el citado personal recurra ante el Tribunal de Cuentas en lo Contencioso Administrativo, a los efectos de solicitar ante esta instancia Judicial los haberes caídos que reclama, a fin que por Orden Judicial le sea conferido y se ordene su pago correspondiente, para poder ingresarlo en el presupuestos de los ejercicios fiscales venideros. En el sentido se debe tomar contacto con el afectado para informarle del trámite judicial que debe realizar...”

A SU TURNO, EL DR. ALEJANDRO AVALOS, DIJO: Que me permito disentir muy respetuosamente con la opinión de mi Colega Preopinante, por tener un criterio distinto en la presente causa y por ello paso a manifestar cuanto sigue:

Que, los representantes legales del Estado Paraguayo en representación de la parte demandada toman intervención y entre otras cosas oponen Excepción de Defecto Legal de forma y Falta de Acción por Falta de Legitimación Activa del Personal Militar y manifiestan cuanto sigue: ... “el hoy recurrente en forma oscura denuncia en su escrito de demanda su domicilio real, esto nos deja en la nebulosa de conocer donde realmente queda su domicilio, debe denunciar con exactitud y por ello necesitamos que aclare o denuncie con exactitud su domicilio real..., el recurrente jamás agotó la vía jerárquica establecida en el Decreto 21909/93, no haciendo ejercicio del derecho que tenía para hacerlo..., ya que en su carácter de militar en servicio activo su máxima autoridad es el propio Presidente de la República quien ejerce de manera indelegable el rol Constitucional de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y no una suboficial subalterno de mando medio...Fs. 93/104 de autos.

Que, la Ley N° 1462/35 “Que establece el procedimiento para lo Contencioso Administrativo”, en su artículo 3º Inc. a) dispone: “La demanda

contencioso administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes que: a) causen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas;...”.

Que, conforme constancia de autos, escrito de demanda y las claras disposiciones contenidas en la Ley N° 1462/35 “Que establece el procedimiento para lo Contencioso Administrativo, podemos sostener con claridad que en la presente causa no se ha agotado la instancia administrativa pues el acto recurridos no causa estado, por tratarse de un acto preparatorio y no un acto definitivo, por ende la resolución recurrida no es de carácter definitivo y no causa estado.

El Acto Definitivo, también llamado Acto Principal, originario, conclusivo o final, es aquel que resuelve, directa o indirectamente, la cuestión de fondo planteada en un procedimiento, refleja la voluntad concreta de la Administración y produce los efectos jurídicos deseados por ella acerca de dicha cuestión y se opone, conceptualmente, al acto preparatorio o de mero trámite, que ni contiene ni expresa la voluntad de la Administración respecto de aquella cuestión, ya que concurre meramente a formularla.. El acto que causa estado es el acto definitivo en relación con el cual se han agotado las instancias de recurso en sede administrativa, o bien aquel acto definitivo que no es susceptible de recurso alguno en dicha sede...”. La Admisibilidad del Contencioso Administrativo- Requisitos esenciales Causales de inadmisión (Domingo J. Sesin)- Pág.157.

El recurso contencioso-administrativo no es admisible frente a un acto de trámite. Con la declaración de irrecurribilidad de los actos de trámites se persigue que las declaraciones de los interesados no interfieran ni paralicen el curso del procedimiento hasta que recaigan actos decisorios, de modo que se sustrae a la actividad impugnatoria de los particulares afectados por la actuación de la Administración meras actuaciones administrativas de carácter interlocutorio, evitando la paralización del expediente. La interposición de un recurso en vía judicial frente a un acto de trámite conllevará la declaración de inadmisibilidad del mismo, al considerar que el recurso se dirige frente a un acto, actuación o disposición no susceptible de impugnación..., los actos de trámites no pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa de forma autónoma o separada del acto administrativo definitivo al que se encuentran indisolublemente conectados a estos efectos...”.

## JURISPRUDENCIA

Que, por todo ello considero que corresponde hacer lugar a la excepción de falta de acción en atención a que el hoy recurrente no ha agotado la instancia administrativa al recurrir un acto administrativo que no “causa estado”. En cuanto a las costas corresponde imponerla a la parte perdedora, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 192 del C.P.C. Es mi opinión.”

A SU TURNO, EL MAGISTRADO ROLANDO GREGORIO RAMON OJEDA, MIEMBRO DEL TRIBUNAL CUENTAS SEGUNDA SALA, QUIEN INTEGRA ESTA SALA POR RECUSACION DEL DR. RODRIGO ESCOBAR, DIJO: Que se adhiere al voto del MAG. A. MARTIN AVALOS VALDEZ por los mismos fundamentos.

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

HACER LUGAR a la EXCEPCION DE FALTA DE ACCION opuesta por el PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA en razón de que el accionante no ha agotado la instancia administrativa al recurrir un acto administrativo que no “causa estado”, fundado en el exordio de la presente resolución.

1- IMPONER LAS COSTAS a la perdedora, fundado en lo consignado en el exordio de ésta resolución

2- ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rolando Ojeda, Amado Veron Duarte, Martin Avalos Valdez.

Ante mí: Esteban González, Actuario.

\*\*\*

AUTO INTERLOCUTORIO N° 170

***Cuestión debatida:** En autos se estudia la procedencia o no de la Excepción de Prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento por el representante de la Procuraduría General de la Republica contra el progreso de la acción contenciosa instaurada.*

**PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción. Prescripción de la acción. COSTAS.**

Que en relación a la excepción de prescripción planteada, corresponde prima facie su rechazo por Ministerio Legis, resulta notoria la improcedencia de la Excepción de Prescripción planteada, en función al Art. 191 de la Ley 1115/97 que dispone: “El derecho a solicitar el haber de retiro es imprescriptible”. Además, el Art. 190 del mismo cuerpo legal dispone: “El derecho al haber de retiro se pierde solamente cuando el personal es dado de baja por renuncia a la nacionalidad paraguaya”, también es importante acotar que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los autos caratulados: “Ramón Díaz Galeano C/ RES. N° 2890 DE 20/JUL/12 Dictada Por Dirección General de Jubilaciones Y Pensiones del Ministerio de Hacienda. AC. y S. N° 632 de fecha 09 de junio de 2016”. Sala Penal donde se ha pronunciado por el rechazo de la Prescripción de Acción.

De lo expuesto, cabe concluir que no corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción planteada por el Procurador General De La Republica

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la parte perdidosa, de acuerdo a lo establecido en el Art. 192 del C.P.C

**Tribunal de Cuentas. Primera Sala. 03/04/2018. “Gerónimo de La Cruz Benítez Ortega c/ Resolución N° 4.971 del 23 de febrero de 2016, dictada por el Poder Ejecutivo” (A.I. N° 170).**

VISTA: La excepción de prescripción planteada por el Procurador general de la Republica, como de previo y especial pronunciamiento en los autos ut supra mencionados y;

CONSIDERANDO:

Que en el escrito obrante a fs. 243/263 de autos, el Abogado Roberto Moreno Rodríguez A., Procurador General de la República opuso prescripción como de previo y especial pronunciamiento, contra el progreso de la presente acción instaurada por Cnel. Dem. Gerónimo de la Cruz manifestando que dicha representación constitucional advierte, que la parte actora ha iniciado la demanda de manera extemporánea y que, por lo tanto, debe ser declarado prescripto su derecho o hacerlo. Argumenta, entre otros, que: "...que la presentación promocional de estos autos efectuado el 27 de diciembre de 2016, pretende ser el acto de "notificación personal" del decreto recurrido. Ello demostraremos que no es así, debido a que Gerónimo de la Cruz Benítez Ortega, previamente se había dado por notificado el máximo acto administrativo dictado por el Poder Ejecutivo, al momento de solicitar se el confieran sus haberes de retiro..." siguió manifestando que: "... Al respecto la Ley N° 4046/10 "QUE MODIFICA EL ARTICULO 4° DE LA LEY 1462/1935 QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" que queda redactado de la siguiente manera: "Art. 4°.- El recurso de lo contencioso administrativo contra toda resolución administrativa deberá interponerse dentro del plazo de dieciocho días.."

Que por providencia de fecha 28 de julio de 2017 (fs. 264) se tuvo por opuesta la Excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento, de la misma se corrió traslado a la adversa para que la conteste en el plazo de ley.

La parte actora, en su escrito de contestación a la excepción deducida, manifiesta: "...el acto administrativo atacado es el Decreto N° 4971 del 23 de febrero de 2016, es un ACTO ADMINISTRATIVO INDIVIDUAL..." "...tenemos entonces que el Decreto de marras, al individualizar al Cnel. DEM GERÓNIMO DE LA CRUZ BENITEZ ORTEGA, lo convierte en un ACTO ADMINISTRATIVO INDIVIDUAL y la Doctrina nacional y extranjera, con meridiana claridad, como lo hemos visto, afirman que los ACTOS ADMINISTRATIVOS obligatoriamente deben ser notificados en su debida forma, personalmente, para tener efectos jurídicos deseados (fs. 270/274).

Que en relación a la excepción de prescripción planteada, corresponde prima facie su rechazo por Ministerio Legis, resulta notoria la improcedencia de la Excepción de Prescripción planteada, en función al Art. 191 de la Ley 1115/97 que dispone: "El derecho a solicitar el haber de retiro es im-



## TRIBUNAL DE CUENTAS

prescriptible”. Además el Art. 190 del mismo cuerpo legal dispone: “El derecho al haber de retiro se pierde solamente cuando el personal es dado de baja por renuncia a la nacionalidad paraguaya”, también es importante acotar que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los autos caratulados: “RAMON DIAZ GALEANO C/ RES. N° 2890 DE 20/JUL/12 DICTADA POR DIRECCION GENERAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA. AC. y S. N° 632 de fecha 09 de junio de 2016”. Sala Penal donde se ha pronunciado por el rechazo de la Prescripción de Acción.

De lo expuesto, cabe concluir que no corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción planteada por el PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la parte perdidosa, de acuerdo a lo establecido en el Art. 192 del CPC.

**POR TANTO, EL TRIBUNAL DE CUENTAS PRIMERA SALA RESUELVE:**

1) NO HACER LUGAR a la Excepción de Prescripción planteada por el PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA, y en el expediente caratulado: “GERONIMO DE LA CRUZ BENITEZ ORTEGA C/ RESOLUCIÓN N° 4971 DEL 23 DE FEBRERO DE 2016 DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO”, fundado en el exordio de la presente resolución.

2) IMPONER LAS COSTAS a la perdidosa.

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

Magistrados: Arsenio Coronel, Dr. Amado Verón Duarte, Martin Avalos Valdez

Ante mí: Abg. Esteban González Insfran. Actuario.

\*\*\*





