



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

## JURISPRUDENCIA

### Hábeas Corpus:

Procedencia: internos; irregularidades en el pago de los salarios.

1 – Corresponde hacer lugar al recurso de casación, revocar la decisión que rechaza in limine la acción de hábeas corpus y disponer que en el Juzgado de origen se continúe con la sustanciación de la causa en los términos de los arts. 11 a 18 de la ley 23.098 (de la mayoría).

2 – La resolución recurrida incurre en arbitrariedad manifiesta al omitir fundar la confirmación del rechazo in limine de la acción intentada a favor de los internos trabajadores del CPF de la CABA, pues la mera afirmación de que por tratarse de una cuestión administrativa no es un caso de aquellos contemplados por el art. 3, inc. 2°, de la ley 23.098 no revela ningún fundamento que la sustente, ya que las cuestiones administrativas serán, en su amplia mayoría, el objeto de las acciones de hábeas corpus correctivo (de la mayoría).

3 – No constituye razón suficiente para descartar la acción de hábeas corpus la remisión a la presumible naturaleza de la cuestión involucrada, pues en el marco del control judicial apropiado de la ejecución del encierro carcelario que se impone como función jurisdiccional, tanto al juez que interviene en la ejecución de la medida restrictiva de la libertad ambulatoria (pena o prisión preventiva) como a aquel competente en las acciones de hábeas corpus correctivo (arts. 30, 490, y concs., ley 24.660; 2° y 8°, ley 23.098), la materia que, precisamente, será llevada en gran número de veces a su conocimiento tendrá por objeto cuestiones administrativas. De este modo, desconocer que el objeto a controlar puede relacionarse con cuestiones administrativas podría derivar directamente en una neutralización de la función de los jueces intervinientes en el asunto (de la mayoría).

4 – La denuncia de irregularidades en materia del pago del peculio, tanto en relación con su dilación como en orden a la modalidad en que se efectiviza, con eventual afectación de los familiares de los internos trabajadores, constituye por la naturaleza de los derechos involucrados una situación susceptible de encuadrar en los supuestos previstos por el art. 43 de la CN y el art. 3°, inc. 2°, de la ley de hábeas corpus (de la mayoría).

5 – La cuestión denunciada se relaciona con el derecho al trabajo plenamente reconocido a las personas privadas de libertad (arts. 106, 107, y sigs., ley 24.660), y en especial con el salario, cuya naturaleza alimentaria resulta indiscutible y su irregular satisfacción puede afectar no sólo la subsistencia del interno trabajador, sino la de su grupo familiar, comprometiendo aun otros intereses (arts. 14 y 14 bis, CN). Por eso la cuestión radica en determinar si la actuación de la administración se encuentra comprometida y si debe ser corregida

a fin de evitar agravamientos injustificados en las condiciones en que cumplen su detención los internos trabajadores beneficiarios de la acción (de la mayoría).

6 – La acción de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para perseguir la corrección de situaciones que afectan de modo relevante las condiciones de ejecución del encierro, y se ha definido esta acción como la vía apropiada, en estos casos, por su carácter sumario y acorde con la necesidad de constituirse como una herramienta eficaz e inmediata de tutela jurisdiccional ante una detención o agravamiento de las condiciones de detención que no se haya sujetado a las formalidades legales. Por ello la convalidación del rechazo de la acción, sin la realización del trámite debido, compromete el derecho a la tutela judicial efectiva que garantizan los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues no se ha garantizado una respuesta judicial eficaz al peticionante (de la mayoría).

7 – Corresponde rechazar el recurso de casación y confirmar la resolución que rechaza in limine la acción de hábeas corpus, pues la defensa no logró rebatir adecuadamente los argumentos que sustentan la resolución cuestionada, en tanto no demostró acabadamente cuál habría sido el agravamiento en las condiciones de detención, sino que ha exteriorizado, más bien, su discrepancia con los fundamentos desarrollados en la decisión puesta en crisis. Sin perjuicio de ello, corresponde tener presente la encomienda librada al director del Complejo Penitenciario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que arbitre los medios necesarios para evitar futuras dilaciones en el pago de los salarios de los internos trabajadores (de la disidencia del doctor GEMIGNANI). A.L.R.

58.417 – CNCasación Penal, sala IV, junio 4-2014. – G., A. s/recurso de casación (causa n° 14905/2014/1/CFC1).

En la ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de junio del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 74/86 de la presente causa Nro. CCC14905/2014/1/CFC1 del Registro de esta Sala, caratulada: “G., A. s/ recurso de casación”; de la que resulta:

I. Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en el expediente nro. 14905/2014 de su registro, por resolución de fecha 14 de marzo de 2014, en lo que aquí interesa, resolvió: “Confirmar el auto documentado a fs. 55/58, en cuanto fuera materia de consulta” (fs. 66).

En este sentido, recuérdese que la resolución apelada consistió en el rechazo por parte del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 5 de las acciones de hábeas corpus interpuestas por A. G.

II. Que contra dicha resolución, la doctora Roxana Beatriz Genovés, perteneciente al Servicio Jurídico Gratuito del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la U.B.A., interpuso recurso de casación a fs. 74/86, el que fue concedido por el a quo a fs. 88/vta.

III. Que la defensa encauzó su recurso en el segundo inciso previsto en el art. 456 del código de rito y efectuó una breve reseña de los antecedentes de la causa.

Así, en primer lugar, alegó que la resolución puesta en crisis resulta arbitraria, ya que se fundó en un único y aparente fundamento, sin elaborar el razonamiento que permitió afirmar que las cuestiones planteadas por G. no se adecuaban a los supuestos contemplados en la ley.

Luego, sostuvo que se hizo caso omiso a la finalidad buscada mediante la interposición de la acción de hábeas corpus correctivo y preventivo ya que no se arbitraron los medios necesarios a fin de recolectar las pruebas tendientes a esclarecer los hechos denunciados por su defendido.

Además, reprochó lo señalado por el Juez de Grado, luego convalidado por la Cámara, con relación al carácter administrativo que se le pretende dar a lo relativo a la modalidad de pago de los salarios, puesto que dicho retraso genera no sólo un perjuicio material a los trabajadores y sus familiares, poniendo en riesgo su subsistencia, sino que también provoca angustia y preocupación que “ciertamente les produce un terrible malestar y daño psicológico y espiritual”.

Por otro lado, dejó asentado su criterio sobre el alcance y fundamentación de los institutos de hábeas corpus preventivo y correctivo, y criticó el “acotado margen” de interpretación efectuado por el juzgador sobre dichas acciones, por entender que se las estaba desnaturalizando.

A su vez, remarcó lo expuesto por el magistrado de primera instancia en cuanto manifestó que el retraso en el pago de los salarios no se debió a un incumplimiento por parte de las autoridades de la Sección Administrativa del C.P.F. de la C.A.B.A. ni al Ente Cooperador Penitenciario sino que respondió a una cuestión administrativa; y señaló que dicha afirmación resulta errónea puesto que la acción lesiva emana del ENCOPE que no autorizó a la Sección Administrativa a ingresar a la cuenta donde sí se encuentra acreditado el dinero para el pago de los salarios.

Por último, sostuvo que en lugar de encomendar una medida al Director del CPF CABA se debió convocar a una audiencia oral y abrirse la acción a prueba a fin de garantizar el derecho de defensa de todos los internos involucrados.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

IV. Que, habiéndose presentado breves notas en reemplazo de la audiencia prevista por el art. 465 bis, en función del art. 454 del C.P.P.N. (texto según ley 26.374), cfr. fs. 100/104, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitieran su voto, resultó el siguiente orden sucesi-

## CONTENIDO

### JURISPRUDENCIA

#### CASACIÓN PENAL

Hábeas Corpus: Procedencia: internos; irregularidades en el pago de los salarios (CNCasación Penal, sala IV, junio 4-2014)..... 1

#### FEDERAL

Ley de Propiedad Intelectual: Venta de una obra sin autorización (art. 72, inc. a), ley 11.723). Ley de Marcas y Designaciones: Venta de una marca registrada fraudulentamente imitada (art. 31, inc. c), ley 22.362) (CNCrim. y Correc. Fed., sala II, abril 28-2014) ..... 3

#### COMERCIAL

Moneda: Pesificación: renta vitalicia previsional (CNCom., sala C, mayo 20-2014)..... 5

### OPINIONES Y DOCUMENTOS

Acerca del abuso sexual infantil, por Silvana Bentivegna ..... 8

vo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

El señor juez *Juan Carlos Gemignani* dijo:

I. A fin de dar respuesta al planteo de la defensa, habré de repasar brevemente el trámite de la presente acción de hábeas corpus.

Según surge de la compulsión de las presentes actuaciones, éstas se iniciaron el 12 de marzo de 2014 mediante la interposición de una acción de hábeas corpus correctivo de incidencia colectiva, por el interno A. G., a favor de la totalidad de las personas privadas de su libertad ambulatoria alojadas en el CPF de la C.A.B.A., que prestan relación laboral de dependencia en el marco de la ley 24.660.

Así, luego de realizar las ratificaciones de los distintos suscribientes, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 5 resolvió: “I. Rechazar las acciones de hábeas interpuestas por A. G. en el presente legajo que lleva el número 14.905/14. II. Librar oficio al Director del Complejo Penitenciario de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de encomendarle que arbitre los medios necesarios para evitar nuevas dilaciones en el pago de los salarios de los internos trabajadores [...]” (58 vta.).

Esta decisión fue confirmada por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 14 de marzo de 2014 (fs. 66).

II. Efectuada la reseña que antecede, habré de analizar los argumentos expresados por el magistrado de primera instancia para rechazar la acción interpuesta por G.

Se desprende entonces, que el juzgador fundó su negativa en la falta de competencia del Tribunal para decidir sobre cuestiones meramente administrativas y que tales circunstancias alegadas por los presentantes no se circunscriben a ninguno de los presupuestos que taxativamente prevé la ley 23.098.

Sin perjuicio de ello, encomendó al Director del Complejo que arbitre los medios necesarios para evitar nuevas dilaciones en los pagos de los salarios de los internos trabajadores.

A su vez, la Cámara ratificó dicha decisión por comparar los fundamentos expuestos por el magistrado de primera instancia.

III. Ahora bien, las concretas circunstancias del caso me persuaden advertir que no se presentan las particularidades requeridas normativamente para dar favorable acogida al planteo de la defensa.

Es que, los alegados padecimientos que la demora en el pago del peculio le habría generado a los imputados, no constituyen argumentos suficientes para demostrar un agravio actual que pudiera ser objeto de tutela y reparación mediante esta acción constitucional.

En efecto, la defensa se limita a manifestar una supuesta situación de agravamiento de su privación de libertad sin demostrar que dicha circunstancia efectivamente haya acontecido, se haya plasmado en hechos concretos, ni que se haya provocado un “terrible malestar y daño psicológico y espiritual” a los internos.

Así las cosas, cabe concluir que la defensa no logró rebatir adecuadamente los argumentos en los cuales se sustentó la resolución cuestionada, en tanto no demostró acabadamente cuál habría sido el agravamiento en las condiciones de detención, sino que ha exteriorizado, más bien, su discrepancia con los fundamentos desarrollados en la decisión puesta en crisis.

Sin perjuicio de ello, corresponde tener presente la encomienda librada al Director del Complejo Penitenciario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que arbitre los medios necesarios para evitar futuras dilaciones en el pago de los salarios de los internos trabajadores.

IV. Por lo expuesto, propongo al acuerdo: Rechazar el recurso de casación presentado por la doctora Roxana Beatriz Genovés, perteneciente al Servicio Jurídico Gratuito del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la U.B.A. a fs. 74/86 y confirmar la resolución impugnada, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

El señor juez *Gustavo M. Hornos* dijo:

I. El recurso de casación interpuesto por la defensa particular de A. G. es formalmente admisible, en tanto la

Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que en los casos en que se recurre una sentencia dictada en virtud del procedimiento de consulta regulado en el art. 10 de la Ley n° 23.098, esta Cámara de Casación “constituye un órgano intermedio ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, máxime si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal” (Fallos 331:632) como es, en el presente caso, la afectación de la garantía prevista en el art. 18, *in fine*, CN en tanto se ha denunciado la “agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad”, en los términos del art. 3, inc. 2, de la ley antes mencionada.

II.a. La presente acción fue promovida por A. G., en su carácter de Secretario de Asuntos Jurídicos del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria y en representación de todos los trabajadores que prestan servicios en el ámbito del Complejo Penitenciario de la C.A.B.A.

En la presentación se denunciaron demoras injustificadas por parte de la administración en materia del pago de salarios indicando que el ENCOPE (Ente Cooperador Penitenciario) no autoriza a la Sección Administrativa a ingresar a la cuenta donde sí se encuentra acreditado el dinero para el pago de salarios.

Concretamente, se explicó que conforme una reunión efectuada el 6 de marzo del corriente, con la presencia del Director General del C.P.F. de la C.A.B.A., los jefes de los Módulos 2 y 5 y el Jefe de la Sección Administrativa los salarios se comenzarían a abonar el lunes 10 (fs. 19 vta.).

Sin embargo, al no cumplirse lo pactado ya que los familiares de los detenidos trabajadores al presentarse a retirar los cheques fueron informados por los funcionarios en ventanilla que no había fondos, el presentante anunció la interposición de una acción de hábeas corpus. En consecuencia, habrían comenzado a entregarlos después de las 13:30, de forma que muy pocos familiares lograron cambiar el dinero por efectivo en el único banco autorizado (fs. 20).

Al ser entrevistado el interno denunciante, amplió su presentación manifestando que la modalidad de pago, a su vez, impide que los familiares puedan hacerse en tiempo y forma del dinero correspondiente a sus salarios, ya que comienzan a entregar los cheques a las 13:30 hs., pese a abrir a las 9:00 hs. De ese modo, son muy pocos los familiares que logran cambiar el cheque (canjeable sólo en la sucursal cercana al complejo) en virtud del horario bancario, con lo que deben tomarse otro día para obtener el efectivo (fs. 28/vta.).

b. La acción descrita fue rechazada por el juez interviniente con fundamento en que la cuestión es “meramente administrativa” y “si bien no se desconocen los trastornos que las demoras en el pago pueden generar en la población penitenciaria, la situación en sí no constituye un agravamiento de las condiciones de detención”. Sin perjuicio de ello, decidió encomendar al Director del complejo, para que arbitre los medios para evitar nuevas dilaciones (cfr. fs. 57/58).

c. Elevado el expediente en consulta a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional conforme el artículo 10 de la Ley n° 23.098, la Sala VII designada para intervenir resolvió confirmar la decisión adoptada, en razón de que las cuestiones planteadas no encuadran en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 3° de la Ley n° 23.098.

En lo que aquí interesa, apuntó que lo relativo a la demora en el pago de salarios se trata de una cuestión administrativa que está siendo atendida por las autoridades penitenciarias.

III. A esta instancia llegan las actuaciones, como consecuencia del recurso de casación presentado por la defensa del peticionante, Dra. Roxana B. Genovés, perteneciente al Servicio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Por una parte, la recurrente denuncia la arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación (arts. 123 y 404 inc. 2°, del C.P.P.N.). Señala así, que no es posible tener por fundado el pronunciamiento, en tanto no se explicita-

ron las razones para afirmar que en el caso no se verificó ninguno de los supuestos contemplados en el art. 3° de la Ley n° 23.098.

Por otro lado, la defensa plantea que fue incorrecto convalidar la decisión, pues con ella se afectó el procedimiento previsto por la ley de hábeas corpus y los derechos amparados por la Constitución Nacional (art. 43), al desconocer que con la acción correctiva y preventiva se intentaba prevenir todo tipo de incumplimientos en materia de pago de salarios, evitando agravamientos ilegítimos de las condiciones de detención.

Sostuvo que se ha pretendido acotar el alcance del hábeas corpus preventivo y que ello implica una interpretación restrictiva de los derechos y desnaturaliza el instituto.

Cuestiona la conclusión acerca de que no existe incumplimiento de las autoridades de la Sección Administrativa del C.P.F. de la C.A.B.A. ni del ENCOPE, porque dicha conclusión fue adoptada sin fundamento alguno.

Considera que la decisión originaria fue arbitraria en tanto admitió la existencia de cuestiones que merecían tratamiento jurisdiccional, pero contrariamente rechazó la acción *in limine* (ordenó como medida encomendar al Director del complejo que evite las dilaciones en el pago). De ese modo, la decisión desconoce el carácter de garantía de la acción contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por último, la defensa se agravia de la omisión de dar cumplimiento al trámite previsto con la convocatoria a la audiencia oral y la apertura a prueba. Estima que ello hubiera posibilitado no sólo hacer cesar los inconvenientes ocurridos, sino conocer el funcionamiento real del sistema y procurar evitar nuevas afectaciones a los derechos implicados.

Así, a juicio de la impugnante, tanto el juez como la cámara al confirmar el decisorio, decidió la cuestión con clara afectación al derecho de defensa ya que se afirmó la inexistencia de incumplimientos por parte de las autoridades penitenciarias sin investigar la cuestión y sin dar una solución a la problemática denunciada.

IV. La cuestión no es menor.

Creo necesario recordar, tal como he tenido oportunidad de hacer en un precedente anterior, que aun cuando la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva debe tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada. En este sentido, cabe tener presente el expreso reconocimiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado del hábeas corpus correctivo pluriindividual en el fallo “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus” (Fallos: 328:1146, consid. 16 y 17) (cfr. causa n° 603/2013, “Secretario de Derechos Humanos de la provincia de Salta s/ rec. de casación”, registro n° 1284.13.4), criterio también receptado por algunos miembros del Alto Tribunal ya en el precedente “Mignone”, Fallos: 325:524.

Aclarado ello, debo indicar que asiste razón a la recurrente por cuanto la decisión impugnada carece de fundamentación suficiente.

La sentencia se pronuncia con base en dos afirmaciones. La primera relativa a que la cuestión llevada a revisión es de naturaleza administrativa y la segunda, en torno a una cuestión de hecho, esto es, afirma que el asunto está siendo atendido por las autoridades penitenciarias.

Advierto, por una parte que el pronunciamiento se ha desentendido del adecuado alcance del control judicial que corresponde en materia de ejecución de las medidas de encierro.

He afirmado, sin que quepa espacio para retroceder en materia de reconocimiento de derechos, que el control jurisdiccional de las decisiones de la administración penitenciaria debe ser entendido en su mayor amplitud.

Es que en materia de derechos humanos no se admiten retrocesos (teoría de la irreversibilidad). Se debe procurar la protección más eficaz y la mejor garantía de su efectiva vigencia sociológica.

En esa dirección, esta Sala ya ha puesto de resalto en la causa n° 592/13, “Lefipan, Walter Roberto s/ recurso de casación”, registro n° 1396.13.4, del 09/08/2013 que el control judicial amplio y eficiente resulta ineludible a la



luz de la ley vigente, y además un factor altamente positivo para el logro de los fines que procuran las normas de ejecución de las penas privativas de libertad, criterio que ha sido adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución” (R.230. XXXIV, del 09/03/04). Los principios de control judicial y de legalidad fueron explícitamente receptados por la Ley n° 24.660 (arts. 3 y 4).

En el presente caso, la resolución recurrida incurre en arbitrariedad manifiesta al omitir fundar la confirmación del rechazo *in limine* de la acción intentada a favor de los internos trabajadores del C.P.F. de la C.A.B.A.

La mera afirmación de que no es un caso de aquellos contemplados por el art. 3, inciso 2° de la Ley n° 23.098 por ser una cuestión administrativa no revela ningún fundamento que la sustente.

Antes bien, debe ponerse de resalto que las cuestiones administrativas serán –en su amplia mayoría– el objeto de las acciones de hábeas corpus correctivo.

Por ello, tampoco constituye razón suficiente para descartar la acción intentada la remisión a la presumible naturaleza de la cuestión involucrada.

En el marco del control judicial apropiado de la ejecución del encierro carcelario que se impone como función jurisdiccional, tanto al juez que interviene en la ejecución de la medida restrictiva de la libertad ambulatoria (pena o prisión preventiva) como a aquel competente en las acciones de hábeas corpus correctivo (arts. 30, 490, y ccdtes. de la Ley n° 24.660; 2 y 8 de la Ley n° 23.098), precisamente la materia que será en gran número de veces llevada a su conocimiento tendrá por objeto cuestiones administrativas. La agencia administrativa penitenciaria es quien ejecuta el encierro.

De modo tal que, desconocer que el objeto a controlar puede relacionarse con cuestiones administrativas podría derivar directamente en una neutralización de la función de los jueces intervinientes en el asunto.

Al respecto, esta Sala ha expresado que “*el control judicial al que hiciéramos referencia debe ejercerse sobre los actos administrativos efectuados por el Servicio Penitenciario correspondiente –en el caso, S.P.F.– respecto de los internos alojados en sus distintas unidades*” (causa “Lefipan”, citada).

Por ello, una denuncia de hábeas corpus no puede ser desechada *in limine*, si con ello se hace explícita una situación susceptible de provocar agravamiento de las condiciones de detención. Si de la descripción de los hechos surge que podría estarse en presencia de una afectación o agravamiento de las condiciones en que se desarrolla la detención, precisamente la tramitación de la acción es lo que permitirá establecer la certeza o no de tal circunstancia y adoptar las medidas pertinentes para hacer cesar ese agravamiento (arts. 11 a 17, Ley n° 23.098).

En el caso, la denuncia de irregularidades en materia del pago del peculio, tanto en relación con su dilación como en orden a la modalidad en que ello se efectiviza, con eventual afectación de los familiares de los internos trabajadores constituye por la naturaleza de los derechos involucrados una situación susceptible de encuadrar en los supuestos previstos por el artículo 43 de la C.N. y el art. 3 inciso 2° de la ley de hábeas corpus.

Adviértase que la cuestión se relaciona con el derecho al trabajo, que se encuentra plenamente reconocido como tal a las personas privadas de libertad conforme lo regulan los artículos 106, 107 en particular y siguientes de la Ley n° 24.660; y en especial con el salario, cuya naturaleza alimentaria resulta indiscutible y su irregular satisfacción puede afectar no sólo la subsistencia del interno trabajador sino la de su grupo familiar, comprometiendo aun otros intereses (arts. 14 y 14 bis, C.N.).

En todo caso, la cuestión radica en determinar si la actuación de la administración se encuentra comprometida y si debe ser corregida a fin de evitar agravamientos injustificados en las condiciones en que cumplen su detención los internos trabajadores beneficiarios de la acción.

En esta dirección, cabe destacar que la acción intentada resulta ser la vía idónea para perseguir la corrección de situaciones que afectan de modo relevante las condiciones de ejecución del encierro. Ya ha sido indicado por el tribunal que integro en ocasiones anteriores que desde antiguo se ha definido a la acción de hábeas corpus como la vía

apropiada en estos casos, por su carácter sumario y acorde con la necesidad de constituirse como una herramienta eficaz e inmediata de tutela jurisdiccional ante una detención o agravamiento de las condiciones de detención que no se haya sujetado a las formalidades legales (causa “Lefipan”, cit.).

Sobre el asunto, la Corte Suprema ha sido enfática, al indicar que “*con la extensión del procedimiento sumarísimo de hábeas corpus a la protección de la dignidad y respeto a la persona, con los que debe cumplirse la privación de libertad, el legislador ha buscado establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz, para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen... lo que caracteriza al instituto sub examine es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la tutela de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención, y cuando ello no aconteciere por cualquier razón*” (C.S.J.N., “Gallardo”, Fallos: 322:2735 y “Defensor Oficial interpone acción del art. 43 de la Constitución Nacional, Fallos: 327:5658).

También debe tenerse en cuenta la especial situación en la que se encuentran las personas privadas de la libertad, a los efectos de peticionar ante las autoridades. Es evidente que el contexto de encierro los coloca en determinadas situaciones en condiciones de desventaja en comparación con quienes se encuentran en el medio libre.

En tal sentido, no puede dejar de contextualizarse que cualquier circunstancia que pueda redundar en una afectación de derechos de los internos debe ser examinada con esa perspectiva, ya que frente a determinadas problemáticas no pueden asimilarse situaciones imaginables en la vida libre a las condiciones imperantes en el marco de la privación de libertad. En otras palabras, no es lo mismo reclamar el pago de salarios en término o en condiciones adecuadas para un trabajador en el medio libre, que para aquel que presta su mano de obra en condiciones de encierro carcelario.

En definitiva y frente a todo lo dicho, con la decisión adoptada en la instancia anterior se consolidó la privación de los amparados a la actuación judicial que el constituyente y el legislador han previsto para garantizar la protección de los derechos de las personas privadas de libertad. La ausencia de realización del trámite previsto en el procedimiento de hábeas corpus, con la correspondiente audiencia oral y la producción de las medidas probatorias pertinentes, que no obstan al carácter sumarísimo de la acción, imposibilitó esclarecer los hechos denunciados y procurar una solución que garantice los derechos involucrados.

Sobre el punto conviene recordar que “*la acción de hábeas corpus exige el agotamiento de las diligencias necesarias para hacer efectiva su finalidad, que no puede ser otra que la cesación del acto lesivo*” (C.S.J.N., “Gómez”, Fallos: 323:4108 y “Rivera Vaca”, Fallos: 332:2544).

Y ello es así, con independencia de la determinación de encomendar a la autoridad administrativa a evitar dilaciones en los pagos, pues en cualquier caso, esa decisión es adoptada por fuera del procedimiento creado por la Ley n° 23.098 para garantizar el cese inmediato de actos u omisiones que importen agravamiento de las condiciones de detención.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al remitirse al dictamen del Procurador General de la Nación en el citado precedente “Rivera Vaca” al indicar que de esa manera, “*se obviaron los mecanismos definitivos del procedimiento establecido por dicha norma [Ley n° 23.098], como por ejemplo, aquellas cuestiones referidas a la urgencia y amplitud de las diligencias, el poder coercitivo y de control del magistrado, la intervención de las partes, y la posibilidad de decidir en los términos de su artículo 17, inciso 4°, todas ellas orientadas a lograr aquel objetivo*”.

Por lo demás, la convalidación del rechazo de la acción, sin la realización del trámite debido compromete, a su vez, el derecho a la tutela judicial efectiva que garantizan los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que no se ha garantizado una respuesta judicial eficaz al peticionante.

Por último, no puedo dejar de mencionar que la afirmación efectuada por la alzada acerca de que “la cuestión

administrativa... está siendo atendida por las autoridades penitenciarias...” no se ha apoyado en circunstancia alguna que la corrobore, de modo que surge elocuente la carencia de fundamento de la sentencia examinada (arts. 123 y 404 del C.P.P.N.).

En virtud de todo lo dicho y a fin de no demorar la tramitación y de generar un perjuicio de dificultosa reparación ulterior en los beneficiarios de la presente, propongo al acuerdo: hacer lugar al recurso interpuesto, revocar la decisión adoptada y remitir las actuaciones al *a quo* para que tome razón de lo aquí resuelto y devuelva la causa al Juzgado de origen a efectos de que continúe con la sustanciación de la causa en los términos de los artículos 11 a 18 de la Ley n° 23.098. Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez doctor *Mariano Hernán Borinsky* dijo:

Por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas por el doctor Gustavo M. Hornos, adhiero a la solución allí propuesta, atento considerar que corresponde en el caso, a fin de garantizar el derecho constitucional a ser oído en juicio, peticionar ante las autoridades judiciales y a probar las alegaciones invocadas (arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN; 8.1 y 25 de la CADH; 14.1 del PIDCyP), continuar con el trámite legal previsto en los artículos 11 a 18 de la ley 23.098.

Por ello, y en mérito del acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría,

*Resuelve:*

Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la doctora Roxana Beatriz Genovés, perteneciente al Servicio Jurídico Gratuito del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la U.B.A., a fs. 74/86 y, en consecuencia, revocar la decisión adoptada y remitir las actuaciones al *a quo* para que tome razón de lo aquí resuelto y devuelva la causa al Juzgado de origen a efectos de que continúe con la sustanciación de la causa en los términos de los artículos 11 a 18 de la ley n° 23.098. Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 y Lex 100). Remítase al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. – *Juan C. Gemignani. – Gustavo M. Hornos. – Mariano H. Borinsky.*

## Ley de Propiedad Intelectual:

Venta de una obra sin autorización (art. 72, inc. a), ley 11.723). **Ley de Marcas y Designaciones:** Venta de una marca registrada fraudulentamente imitada (art. 31, inc. c), ley 22.362).

1 – *No ha operado la prescripción de la acción penal, pues poner a la venta elementos en infracción a la ley 11.723 (art. 72, inc. a) y a la ley 22.362 (art. 31, inc. c) constituye una única e inescindible conducta (art. 54 del cód. penal) que, en este caso, podría recaer –por expresa remisión de la primera– bajo la sanción prevista por el art. 172 del cód. penal, cuya pena máxima es de seis años de prisión; sin perjuicio de que a los fines de la prescripción se debe considerar la posible calificación y el grado de participación más gravosa como el mayor nivel desarrollado en el iter criminis.*

2 – *Quien atenta contra la propiedad intelectual no vicia la voluntad ni abusa de la confianza del titular, sino que su actuar consiste precisamente en ejercer el derecho de autor como si fuera el titular, sin serlo. Es decir, utilizar, disponer o de cualquier otra manera explotar la obra de un tercero sin su autorización, y la equiparación al art. 172 del cód. penal, referida por el art. 71 de la ley 11.723, es a los efectos de la pena, y no de los elementos constitutivos del delito de estafa.*

3 – *Procede confirmar el auto de procesamiento sin prisión preventiva de los imputados por considerarlos autores responsables de los delitos previstos en el inc. a) del art. 72 de la ley 11.723 y en el inc. c) del art. 31 de la ley 22.362, en concurso ideal, al exhibir para la venta muñecos de un popular personaje de historieta, cuyo creador es públicamente conocido; por lo cual, como “buenos hombres de negocios”, debieron*



cerciorarse sobre la autorización del titular marcarlo para la fabricación y comercialización de dichos objetos.

4 – Corresponde confirmar el auto de procesamiento sin prisión preventiva del imputado por considerarlo autor responsable de los delitos previstos en el art. 71 de la ley 11.723 y en el inc. c) del art. 31 de la ley 22.362, en concurso ideal, pues, pese a conocer expresamente la prohibición respecto de la fabricación y comercialización de los muñecos de un popular personaje de historieta, instaló un taller en su domicilio, comenzó a producirlos y se los vendió a sus consortes de causa, quienes los revendían al público consumidor por un precio que variaba según el tamaño y los materiales empleados, y por lo cual obtenían todos los participantes un beneficio económico, en perjuicio del legítimo titular marcarlo. A.L.R.

58.418 – CNCrim. y Correc. Fed., sala II, abril 28-2014. – S., C. R. s/ procesamiento y embargo.

Buenos Aires, 28 de abril de 2014

Y Vistos y Considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 10/17 por el Dr. Diego Gueren-dain letrado defensor de P. E. R., a fs. 19/20 por el Dr. Gustavo Kollmann, Defensor Oficial de A. A. L. y a fs. 21/24 por la Dra. Perla I. Martínez Defensora Oficial de C. R. S., contra el resolutorio obrante a fs. 1/8, del legajo en cuanto dispuso el procesamiento de los nombrados y trabó embargo sobre sus bienes en orden a los delitos por los que fueran indagados.

II. En la oportunidad prevista por el artículo 454 del ritual las defensas expresaron agravios y solicitaron el sobreseimiento de sus pupilos por las consideraciones allí expuestas.

III. Seguidamente, y antes de adentrarnos en la cuestión de fondo, los suscriptos darán tratamiento a los planteos de nulidad por falta de motivación y arbitrariedad y de prescripción formulados por la defensa de P. R.

En relación al primero de ellos se advierte que los planteos de la defensa que sostiene la falta de fundamentación y arbitrariedad del resolutorio atacado, no son otra cosa que la exteriorización de su disconformidad con lo resuelto, a tenor de una distinta valoración de la prueba colectada, circunstancia que no puede dar cabida a la nulidad solicitada, sino que constituye un agravio que corresponde ser analizado con el fondo de las apelaciones que abrieron esta instancia. En razón de ello, el reclamo nulificante ensayado habrá de ser rechazado (en tal sentido ver de esta Sala Causa N° 24.083 “Akil, Roberto y otros s/ procesamiento”, reg. n° 26.258 del 27/12/06).

En cuanto al planteo de prescripción de la acción penal en relación al delito previsto por el artículo 31 inciso “c” de la ley 22.362, es dable recordar que a P. R. se le imputa además el delito contemplado por el artículo 72 inciso “a” de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, en concurso ideal, es decir que a los encausados se les reprocha una única conducta, la que es receptada por dos normas penales.

“Así, en razón de tratarse en la especie de la comisión de un hecho único, lleva dicho esta Sala que no cabe efectuar procesalmente un desdoblamiento en base a calificaciones legales” (ver de esta Sala Causa N° 17.864 “Inc. de apelación en autos ‘Happy Books’ s/infr. ley 11.723” del 6/9/01).

Poner a la venta elementos en infracción a la ley 11.723 y a la ley 22.362 constituye una única e inescindible conducta que en este caso, podría recaer –por expresa remisión de la primera– bajo la sanción prevista por el artículo 172 del Código Penal cuya pena máxima es de seis años de prisión, por lo que cabe concluir que la prescripción de la acción penal no ha operado.

A ello cabe agregar que es jurisprudencia reiterada de esta Sala que “... a los fines de la prescripción debe considerarse la posible calificación y el grado de participación más gravosa, como el mayor nivel desarrollado en el iter criminis” (conf. entre muchos otros, Causa N° 15.377 “Colasordo”, rta. el 18/5/99, reg. n° 16.444 y sus citas, Causa N° 16.753 “Tarrab”, rta. el 11/7/00, reg. n° 17.757 y sus citas, y Causa N° 22.370 “Grabois” del 11/8/05, reg. n° 24.029).

IV. A continuación, los suscriptos darán tratamiento a la situación procesal de los recurrentes.

a) Situación procesal de A. A. L.

Se le imputa al encartado haber exhibido para la venta productos apócrifos vinculados con la historieta “Mafalda” el 17/12/2012, oportunidad en que personal del Departamento de Delitos Federales de la P.F.A. efectuó el allanamiento en el local n° ... de la galería “E. S. de F.”, situada en la calle Defensa ... de esta ciudad, del que era titular.

En el mencionado procedimiento se secuestró una importante cantidad de elementos con la imagen de la protagonista del famoso “comic”: muñecas de distintos materiales, imanes, llaveros, carteras, stickers, prendedores, monederos, etc.

La materialidad del ilícito se encuentra acreditada con los siguientes medios de prueba: la denuncia formulada por J. C. C. M. apoderada de J. S. L., más conocido como Q., de fs. 1/5, la declaración de la nombrada de fs. 9, la declaración de la Oficial 3ª de Inteligencia Criminal P. P. de fs. 425, la declaración de la Auxiliar 7ª de Inteligencia Criminal P. V. de fs. 465 y de fs. 630, la declaración del Auxiliar de 3ª de Inteligencia Criminal D. R. de fs. 491, la declaración de la Auxiliar de 4ª de Inteligencia Criminal M. J. T. de fs. 608 y de fs. 617, la declaración del Inspector A. S. del Departamento de Delitos Federales de la Policía Federal Argentina de fs. 644, y el acta de allanamiento de fs. 646.

En la oportunidad de efectuar su descargo a tenor del artículo 294 del ritual, L. manifestó: “lo que hice mal en este caso fue comprar y vender algo que resultó ilegal. Yo nunca supe que esos productos que me secuestraron eran ilegítimos. No sabía que no estaba permitido vender esas cosas...”.

No obstante lo manifestado por el encausado, no caben dudas que L. adquirió los muñecos a su consorte de causa C. S. y los puso a la venta en un local del que era titular, obteniendo con ello un beneficio económico.

Sobre el particular, es dable resaltar que los muñecos de la serie “Mafalda” son públicamente conocidos, no sólo a nivel nacional sino también en el exterior como una creación de Q., por lo que L., como un “buen hombre de negocios” debió mínimamente informarse sobre la autorización que debería haber tenido S. para poder fabricarlos y comercializarlos.

En relación al planteo del Sr. Defensor Oficial, en cuanto a que la figura penal endilgada requiere, para su configuración, los mismos elementos típicos de la estafa, cabe destacar que “la equiparación al artículo 172 del Código Penal referida en la norma es a los efectos de la pena, y no de los elementos constitutivos del delito indicado” (C.N. Crim. y Correc., Sala VI, 5/8/80, LL, 1981-B-5).

Ello así, porque “quien atenta contra la propiedad intelectual no vicia la voluntad ni abusa de la confianza del titular, sino que su actuar consiste precisamente en ejercer el derecho de autor como si fuera el titular, sin serlo. Es decir, utilizar, disponer o de cualquier otra manera explotar la obra de un tercero sin su autorización” (ver “Propiedad Intelectual”, Ley 11.723, Miguel Ángel Emery, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, pág. 281).

Todo lo hasta aquí valorado, llevará a los suscriptos a confirmar el procesamiento de A. A. L., en orden a los delitos por los que fue indagado.

b) Situación procesal de P. E. R.

Se le imputa al nombrado haber exhibido a la venta muñecos de la historieta “Mafalda” el 26/10/2011 en el comercio “S. M. & T.”, sito en Av. Corrientes ... de esta ciudad, cuando personal del Departamento de Delitos Federales de la P.F.A., con motivo del allanamiento ordenado, procedió al secuestro de varios muñecos de la mencionada historieta.

La materialidad del acto se encuentra acreditada con las siguientes probanzas obrantes en la causa: la denuncia formulada por J. C. C., apoderada de J. S. L., (a) Q. de fs. 1/5, de fs. 9 y de fs. 633, el informe de la Unidad Especial de Investigaciones y Procedimientos Judiciales Buenos Aires de Gendarmería Nacional de fs. 49/50, la declaración del Auxiliar de 7ª de Inteligencia Criminal, C. A. M. de fs. 105, la declaración del Principal C. D. de fs. 156 y el acta de allanamiento de fs. 158/159.

El encartado R. formuló su descargo a fs. 364/365 manifestando que “mi comercio no es una librería, es un comercio relacionado con la venta y alquiler de películas.

Como accesorio tengo algunos juguetes y accesorios de computación... hace aproximadamente dos años se presentó en mi local C. S. dejándome una consignación de muñecos porque los necesitaba distribuir... solía pasar cada tres o cuatro meses a fin de reponer los muñecos que se iban vendiendo... no tenía por qué saber si era o no original lo que vendía...”.

De otra parte, de la declaración del personal que efectuó tareas de investigación en “S. M. & T.” (fs. 105), se desprende que R. no sólo se dedicaba la venta de consolas para juegos PlayStation y sus accesorios, sino también de remeras, tazas, muñecos y todo tipo de artículos coleccionables de personajes de series y películas entre los que se encontraban los muñecos en cuestión.

Como en el caso anterior, el encausado en razón del público conocimiento sobre el creador de “Mafalda” y el resto de los personajes en cabeza de Q., como responsable de un comercio, debió cuanto menos cerciorarse de que S. contaba con la autorización del titular marcarlo para su fabricación y comercialización.

En relación al cuestionamiento efectuado por la defensa respecto a la falta de valoración de la prueba pericial por parte del instructor cabe efectuar los siguientes comentarios. La ausencia de un muñeco original de cada personaje, sólo puede deberse a la rotunda negativa de su creador y único titular marcarlo, a que su obra se comercialice y difunda sin su autorización, en consecuencia, mal puede exigirse la comparación con un original que nunca existió, lo que no obsta a la comercialización ilegítima de copias –específicamente prohibida por la ley de marcas– con el propósito de obtener un beneficio económico en desmedro de los legítimos derechos del autor.

A ello cabe agregar que “no se requiere prueba pericial para comprobar la falsificación. Nadie tiene por qué tener marcas que le pertenecen a un tercero, salvo que el titular de las mismas le haya encargado su fabricación o depósito. Toda otra tenencia no justificada constituye prueba irrefutable del delito... Por eso, aunque los peritajes son útiles como elementos de prueba, los tribunales han fallado que no son imprescindibles para acreditar el hecho de la falsificación” (conf. “Derecho de Marcas”, Jorge Otamendi, AbeledoPerrot, Año 2010, pág. 267 y sigs.).

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto es que habrá de confirmarse el procesamiento de P. E. R. en orden a los ilícitos por los que fue indagado.

c) Situación procesal de C. R. S.

Se le imputa al nombrado el haber confeccionado juguetes de la historieta “Mafalda” en infracción a la ley 22.362 con el objeto de ser vendidos en distintos comercios entre los que se encuentran “S. M. & T.” y la galería comercial “E. S. de F.”, cuya titularidad corresponde a sus consortes de causa, al momento de realizarse el allanamiento –el 26/10/2011– por personal del Departamento de Delitos Federales de la P.F.A., en el inmueble sito en la calle Río Cuarto ..., de la localidad de Tigre, Pcia. de Buenos Aires.

En esa oportunidad se procedió al secuestro de una gran cantidad de muñecos con los personajes de la historieta “Mafalda” totalmente confeccionados y otros sin terminar. Se secuestró además, una máquina cortadora y una máquina de coser empleadas para la confección de los muñecos mencionados, así como dos talonarios de presupuestos que dan cuenta de que su destino inequívoco era la venta.

La materialidad de los hechos que se le atribuyen a S. se encuentra acreditada por los siguientes medios de prueba: la denuncia formulada por J. C. C. M., apoderada de J. S. L., públicamente conocido como “Q.” de fs. 1/5 y fs. 9, el informe de la Unidad Especial de Investigaciones y Procedimientos Judiciales Buenos Aires de Gendarmería Nacional de fs. 49/50 y de fs. 77/78, el informe de “Nosis” Laboratorio de Investigación y Desarrollo S.A. de fs. 54/56, el informe de la ANSES de fs. 61, el perfil de la red social Facebook de C. S. acompañado por la querrela a fs. 85/89, la declaración del Auxiliar 4ª de Inteligencia Criminal M. F. D. de fs. 123, la declaración del Inspector D. F. N. de fs. 162, el acta de allanamiento de fs. 166, el acta de secuestro de fs. 168, la declaración del Suboficial Escribiente H. O. V. de fs. 174, la declaración testimonial del Dr. Ignacio Jakim, querellante en la causa de fs. 230, la declaración del Auxiliar 5ª de Inteligencia Criminal M. A. D. A. de fs. 614 y la declaración del Oficial 4ª de Inteligencia Criminal L. E. B. de fs. 616.



En la oportunidad prevista por el artículo 294 del ritual el encausado hizo uso del derecho de negarse a declarar (fs. 222/223).

La defensa centra su agravio en que los muñecos cuya fabricación y venta se imputa a su pupilo a simple vista resultaban ser apócrifos, puesto que no contaban con las características propias de los originales ni con una etiqueta o “packaging” que los distingua como tales.

En relación a este planteo, cabe reeditar lo expuesto al tratar la situación procesal de R.: nunca existieron muñecos originales de “Mafalda” y sus personajes, simplemente porque su titular marcario se opuso expresamente a ello, prohibición que era conocida por S.

Sobre el particular debe tenerse presente lo manifestado por la denunciante C. M. quien relató “...que Q. nunca dio autorización en relación a la fabricación y comercialización cuya marca le pertenece” —y que se encuentra registrada con los Títulos de Marca correspondientes en el Registro respectivo y el Registro de la Dirección Nacional del Derecho de Autor— (ver documentación aportada a fs. 9).

Seguidamente, continuó su exposición expresando: “...que hace algunos años en el 2004, C. S. solicitó vía mail, autorización para fabricar muñecos de los personajes de Mafalda con las mismas características que los que nos convocan... que le contestaron el mail y expresamente se le solicitó que ‘se abstenga de la comercialización de los productos’, que a pesar de la negativa S. comenzó la producción y comercialización en gran escala de los muñecos de los personajes de Mafalda”, “...que su mandante es propietario de la marca mixta: no sólo la denominación sino también el dibujo o logo... y que la forma de los muñecos que corresponde a cada uno de los personajes es marca registrada...”.

A ello cabe agregar lo manifestado por el Dr. Jakim, querellante en la causa, “...que en la Argentina no se venden muñecos originales con las marcas de la historieta Mafalda, en este país no hay merchandising”.

Aclara que “S. consultó en su momento para que se lo autorizara a fabricar los muñecos y expresamente se le dijo que no. Más allá que en la reunión se le dijo que no, J. C. M. le mandó un mail diciéndole que se abstenga de fabricar los muñecos. No cabe duda que S. no tenía ningún tipo de autorización para hacerlo”.

Como puede observarse pese a conocer expresamente la prohibición que recaía en cuanto a la fabricación y comercialización de los muñecos instaló un taller en su domicilio y comenzó a producirlos a gran escala tal como quedó demostrado en las tareas de inteligencia y allanamiento allí efectuadas.

Se ha acreditado además, que era S. quien entregaba los muñecos que él confeccionaba a sus consortes de causa y que éstos después los revendían al público consumidor por un precio que variaba según el tamaño y los materiales empleados, obteniendo todos los participantes un beneficio económico en perjuicio del legítimo titular marcario.

Como consecuencia de lo hasta aquí valorado es que habrá de confirmarse el procesamiento de C. R. S.

V. Por último, y en cuanto a los embargos dispuestos, más allá de lo escueto de la fundamentación, el monto discernido se ubica en el término medio de multa prevista —de \$ 136,80 a \$ 20.618,90—, por lo que sumado a los restantes parámetros enunciados y a cubrir según el artículo 518 del código de forma, torna razonable el monto impuesto.

Por lo expuesto el Tribunal *resuelve*:

I. Confirmar el punto I del resolutorio apelado en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva de A. A. L., por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos previstos en el inciso “a” del artículo 72 de la ley 11.723 e inciso “c” del artículo 31 de la ley 22.362 en concurso ideal.

II. Confirmar el punto XI del interlocutorio en crisis en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva de P. E. R., por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos previstos en el inciso “a” del artículo 72 de la ley 11.723 e inciso “c” del artículo 31 de la ley 22.362 en concurso ideal.

III. Confirmar el punto dispositivo XIII del decisorio recurrido en cuanto decreta el procesamiento sin prisión preventiva de C. R. S., por considerarlo autor del delito previsto en el artículo 71 de la ley 11.723 en concurso

ideal con el tipificado en el artículo 31, inciso “a” de la ley 22.362.

IV. Confirmar los puntos dispositivos II, XII y XIV en cuanto al monto de los embargos allí establecidos.

Regístrese, hágase saber y devuélvase. — *Horacio R. Cattani. — Eduardo G. Farah. — Martín Irurzun* (Sec.: Pablo J. Herbon).

## Moneda:

Pesificación: renta vitalicia previsional.

1 — *Concordantemente con lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 8° del decreto 214/02 y las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en lo que a la modalidad de renta vitalicia previsional concierne, y confirmar la sentencia que admitió la disponibilidad en efectivo de los dólares estadounidenses que fueron pactados en origen mediante dicho contrato de seguro para derechohabientes por muerte del trabajador afiliado al régimen de capitalización, pues ante la indudable naturaleza previsional y el carácter aleatorio del contrato en examen, con la consiguiente responsabilidad asumida por la entidad aseguradora, resulta razonable que esta última deba soportar las consecuencias del contrato en su condición original.*

2 — *Puesto que mediante el contrato de renta vitalicia previsional se encomienda a la aseguradora el cuidado del ahorro que corresponde al asegurado o a sus derechohabientes, y que está destinado a cubrir las necesidades que los beneficiarios han de experimentar en las etapas más desvalidas de sus vidas, cuando llegan a una avanzada etapa de estas o cuando se enfrentan a la pérdida de quien contribuía a su sustento, cabe concluir que dicho convenio debe ser cumplido en la moneda en que fue pactado.*

3 — *El hecho de que se condene a la aseguradora accionada a cumplir en la moneda pactada —dólares estadounidenses— el contrato de renta vitalicia motivo de autos no es susceptible de alterar el sinalagma contractual ni, por ende, la solvencia del fondo de primas que debió formar a fin de atender riesgos semejantes, pues por su carácter profesional la demandada debió haber hecho las previsiones consecuentes, asegurándose así que la ley de los grandes números pudiera actuar con efectos compensadores. Por lo cual, admitir su pretensión de pagar en pesos un riesgo que asumió en dólares invocando al efecto que la solvencia del fondo de primas sí se vio afectada por la pesificación importaría dejarle sacar provecho del deficiente cumplimiento de su obligación de administrar en forma eficiente el referido fondo de primas.*

4 — *A fin de considerar inaplicable la normativa pesificatoria al contrato de renta vitalicia previsional motivo de autos, ni siquiera es necesario declarar la inconstitucionalidad de esta, pues su inaplicabilidad resulta de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 25.561 que, al señalar cuál es el método que corresponde adoptar para resolver los conflictos generados por la salida de la convertibilidad, manda atenerse a la teoría de la imprevisión, por lo cual, dado que en este tipo de seguros la mayor onerosidad a cargo de la aseguradora integra el álea propia del contrato, no puede considerarse que el cambio en el valor del dólar sea hecho imprevisible para quienes, precisamente, contrataron en tal moneda en previsión —valga la redundancia— de tal cambio.*

5 — *La circunstancia de que los actores hubiesen percibido los pagos de la renta sin efectuar reserva no implica que hayan consentido la “pesificación” del contrato de renta vitalicia habido con la accionada, pues el sostener que, a fin de mantener sus principios, debieron haber renunciado al cobro —aunque fuera parcial— de las sumas que debían destinar a su sustento importaría cargarlos con una exigencia que no cabe suponer contenida en la ley. Por lo cual, cabe descartar que tal cuestión pueda ser resuelta a la luz de lo dispuesto por el art. 624 del cód. civil, así como también que, al ahora obrar del modo en que lo hacen, los demandantes estén violando sus propios actos. R.C.*

58.419 — **CNCom., sala C, mayo 20-2014. — L. R., A. N. y otro c. Metlife Seguros de Retiro S.A. y otro s/ordinario.**

En Buenos Aires a los 20 días del mes de mayo de dos mil catorce, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer en los

autos “L. R., A. N. y otro c. Metlife Seguros de Retiro S.A. y otro s/ordinario” en los que, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores *Julia Villanueva* (9), *Eduardo R. Machin* (7) y *Juan Roberto Garibotto* (8).

Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 285/91?

La señora juez *Julia Villanueva* dice:

### I. LA SENTENCIA APELADA

1. Mediante el pronunciamiento obrante a fs. 285/91, la señora juez de grado hizo lugar a la demanda entablada por A. N. L. R., por J. I. N. y por R. L. N. contra Metlife Seguros de Retiro S.A.. Declaró, en consecuencia, la inconstitucionalidad del art. 8 del Decreto 214/02 y la de las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y demás normas concordantes, condenando a la demandada a pagar a los actores la renta vitalicia previsional prevista en la póliza contratada, en la misma moneda extranjera que había sido allí convenida.

Reconoció, además, el derecho de los demandantes a cobrar las diferencias entre los importes que efectivamente les había abonado la demandada y los que hubiera debido pagarles si hubiera respetado la aludida moneda, con más intereses a la tasa del 6% anual.

2. Para así decidir, la sentenciante rechazó, en primer lugar, la excepción de prescripción opuesta por la aseguradora.

A tales fines, sostuvo que del expediente en el que había tramitado la acción de amparo interpuesta (antes de este juicio) por los actores, resultaba que dicha acción había sido iniciada el 05.03.2002, y que el día 03.02.2005 ese amparo había sido rechazado, como también lo había sido la caducidad de la segunda instancia planteada con respecto al recurso de apelación interpuesto por la actora, lo cual había sucedido el 05.03.09.

Dedujo de ello que la demanda aquí articulada el día 12.05.2009 había sido tempestiva, conclusión que fundó en el hecho de que, según estimó, del plazo de prescripción respectivo debía descontarse el lapso durante el cual había estado tramitando dicho amparo.

3. En cuanto al fondo de la cuestión, rechazó —por las razones que explicó— que correspondiera sostener que, al percibir los pagos de la renta sin efectuar reserva, los actores hubieran consentido la “pesificación” en cuestión, por lo que declaró la inconstitucionalidad de las normas más arriba referidas por considerar aplicable al caso la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación que al efecto citó.

### II. EL RECURSO

A fs. 294 la demandada interpuso recurso de apelación contra la aludida sentencia, el que, concedido a fs. 295, fue fundado a fs. 313/33 y contestado por los actores a fs. 340/6.

De su lado, la apelación interpuesta por estos últimos fue declarada desierta por esta Sala a fs. 336.

La apelante sostiene que la constitucionalidad de la pesificación dispuesta en las normas de emergencia de marras fue reconocida por la Excma. Corte Nacional en los fallos que cita.

Explica que es razonable que, si los activos de la compañía fueron “pesificados”, la misma suerte deban las obligaciones que pesaban sobre ella.

Aduce que, siendo la renta vitalicia una modalidad de la jubilación o de la pensión, la aplicación del CER satisface el reajuste necesario y consagra el principio del esfuerzo compartido.

Se queja del rechazo de la prescripción por parte de la sentenciante, explicando que resulta aplicable al caso el plazo de un año previsto en el art. 58 de la ley 17.418, el que no debió entenderse interrumpido por la acción de amparo iniciada por los actores en razón de que esa acción terminó por caducidad de instancia.

En subsidio, sostiene que la cuestión debe regirse por el art. 82 de la ley 18.037 y, por ende, declararse la prescripción del derecho de los actores a cobrar las diferencias habidas en sus haberes devengados desde enero de 2002



hasta los dos años anteriores a la fecha de interposición de la demanda.

De otro lado, y retornando al fondo de la cuestión, considera que, atento lo dispuesto por la Exma. Corte en el fallo “Cabrera” y la teoría de los propios actos de la parte actora, debe considerarse que esta, al no haber efectuado ninguna reserva en oportunidad de recibir los pagos, consintió todo lo actuado.

Afirma que la sentencia ha ignorado que el carácter aleatorio del contrato de seguro de marras no impide su revisión por excesiva onerosidad sobreviniente, con tal de que esta se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato en los términos del art. 1198 del código civil.

Aduce que el pronunciamiento yerra al considerar que las partes celebraron un seguro de cambio o de riesgo político, destacando que la aseguradora jamás asumió el riesgo de la devaluación.

Afirma que en el presente caso la onerosidad sobreviniente se debe principalmente a la pesificación de los activos que respaldaban las obligaciones de la aseguradora para con la actora, tal como fue entendido –según arguye– en los diversos precedentes jurisprudenciales que al efecto cita.

Manifiesta que, como entidad aseguradora, su parte no tiene libertad para decidir el destino de sus reservas y que el art. 35 de la ley 20.091 restringe de manera taxativa las alternativas de inversión admisibles, lo cual derivó en que su parte se encontrara en la imposibilidad de invertir en el extranjero las reservas matemáticas constituidas en virtud de la póliza.

Subsidiariamente, solicita que se le habilite el pago de la renta según el tipo de cambio correspondiente al dólar en el mercado oficial, señalando al efecto que esa debe ser la solución ante las notorias restricciones que existen para la compra de dólares en el mercado de cambio.

De otro lado, explica que la póliza no fue emitida con derecho de acrecer, por lo que, siendo que los hijos de la actora cumplieron la mayoría de edad en las fechas que señala, su parte ha sido condenada a abonar a los demandantes un importe mayor al que hubiera correspondido.

De esa mayoría de edad –18 años– alcanzada por los nombrados infiere, además, que ellos dejaron de ser asegurados, por lo que carecen del derecho a exigir la “redolarización” de la póliza.

Finalmente, se agravia de que la magistrada haya reconocido a sus adversarios el derecho a obtener intereses, agravio que sustenta en la circunstancia de que, según afirma, su parte se limitó a cumplir con las normas legales y reglamentarias que resultaban aplicables al caso.

### III. LA SOLUCIÓN

1. Como surge de la reseña que antecede, no es hecho controvertido que la póliza invocada en sustento de la acción entablada fue efectivamente celebrada.

Quedó asimismo admitido que el señor H. J. N. –cónyuge y padre de los actores, respectivamente–, trabajaba para la empresa Alecy S.A. y que, en tal calidad, se había incorporado al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creado por la ley 24.241, realizando aportes a la demandada.

También fuera de cuestión se encuentra que, producido el fallecimiento del nombrado, los demandantes optaron por el pago mensual de una renta o pensión en dólares estadounidenses, lo cual así sucedió hasta que, dictadas las normas de emergencia más arriba referidas, “Siembra Seguros de Retiro S.A.” comenzó pagarles esa renta en pesos.

Mediante esta acción los demandantes persiguieron dos objetos: por un lado, que la demandada les abonara retroactivamente las diferencias que surgían entre los pagos que efectivamente había realizado en moneda de curso legal y los que hubiera debido realizar si hubiera respetado la moneda convenida; y, por el otro, que en el futuro esa renta les fuera reconocida en esta última moneda.

2. Dado el modo en que fue decidido el conflicto y la índole de los agravios, corresponde que me ocupe, en primer lugar, de dilucidar cuál es la suerte que debe asignarse a la excepción de prescripción que, con respecto a la primera de esas pretensiones, opuso la demandada.

A mi juicio, el recurso debe considerarse desierto en este punto en los términos del art. 265 del código procesal.

La magistrada de grado señaló con precisión las fechas que tomó a efectos de efectuar el cálculo del tiempo trans-

currido, llegando a la conclusión de que la acción había sido tempestivamente articulada.

La recurrente no ha esgrimido ni la menor objeción en contra de la adopción de esas fechas, limitándose a afirmar que el plazo respectivo debía ser de uno o de dos años según que se estimara aplicable el art. 58 de la ley 17.418 o el art. 82 de la ley 18.037, respectivamente.

El pretenso agravio así ensayado no roza siquiera los argumentos que exhibe la sentencia, como lo demuestra el hecho de que, siendo que los actores dedujeron el amparo inmediatamente después de la entrada en vigencia de las normas que cuestionan, y que, rechazado este, hicieron lo propio con la presente acción, es del todo claro que, sea cual fuere el plazo de prescripción que se adopte, en ningún caso él podría considerarse consumido, como lo exhibe con elocuencia el lapso que existió entre las referidas fechas, las que, reitero, no fueron siquiera mencionadas en la expresión de agravios que trato.

Nada corresponde, entonces, que esta Sala diga al respecto, toda vez que nada de lo expresado acerca de cuál es la norma que rige el plazo de prescripción del caso, es susceptible de incidir en el resultado de la defensa: se trata de una cuestión abstracta acerca de la cual el tribunal debe –como en toda situación similar– evitar pronunciarse (esta Sala, “Agote Sergio Fernando c/PH Sistemas SRL y otros s/medida precautoria s/incidente de apelación [art. 250 CPCC]”, 3.2.2012; íd. “Denaro Antonio Mario c/Inmobiliaria Lamaro SAICF s/ordinario s/incidente de apelación [art. 250 CPCC]” 8.3.2012; íd. “Loekemeyer Bernardo y otros c/ Loekemeyer Alejandro Damián y otros s/ Medida Precautoria”, 3.7.12).

No obsta a lo expuesto lo alegado por la actora acerca de que la acción de amparo más arriba referida no interrumpió la prescripción en razón de que terminó por caducidad de instancia.

Y esto, por la sencilla razón de que las constancias del expediente respectivo –que se tiene a la vista– imponen la conclusión contraria: ese expediente no terminó por caducidad de instancia, y así lo señaló la juez de grado sin que esa afirmación de la sentenciante haya sido motivo de ningún agravio.

En tales condiciones, forzoso es concluir que esa acción sí interrumpió la prescripción de la presente, por lo que, siendo que los plazos respectivos fueron correctamente computados en la sentencia apelada, lo así decidido debe ser confirmado.

3. Sentado ello, paso a ocuparme del fondo de la cuestión.

Lo alegado por la apelante acerca de que la Excm. Corte Nacional ha reconocido la constitucionalidad de las normas que interesan, es alegación inaplicable al caso, toda vez que ese temperamento del alto Tribunal recayó en materias diversas de la presente.

En materia de seguros de retiro, en cambio, el Tribunal ha expresado lo contrario, y así fue –también aquí– señalado por la *a quo* mediante citas de esa Corte cuya existencia e interpretación tampoco han sido cuestionados.

En tal sentido dicho alto Tribunal sostuvo lo que a continuación transcribo:

“...Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 8º del decreto 214/02, las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y normas concordantes en lo que a la modalidad de renta vitalicia previsional concierne, y confirmar la sentencia que admitió la disponibilidad en efectivo de los dólares estadounidenses que fueron pactados en origen mediante dicho contrato de seguro para derechohabientes por muerte del trabajador afiliado al régimen de capitalización, pues ante la indudable naturaleza previsional y el carácter aleatorio del contrato en examen, con la consiguiente responsabilidad asumida por la entidad aseguradora, resulta razonable que esta última deba soportar las consecuencias del contrato en su condición original” (Fallos: 331:2006).

Además de la alta autoridad institucional del Tribunal del que proviene esa doctrina, es mi convicción que, de todos modos, ella debe ser compartida.

El examen de esta cuestión no puede ser llevado con prescindencia de la naturaleza del contrato invocado, del que resalto dos datos: su objeto, y el destino de ese objeto.

Por su objeto, y sin perjuicio de otras connotaciones, mediante él se encomienda a la aseguradora el cuidado del ahorro que corresponde al asegurado o a sus derechohabientes.

Y por el destino de ese objeto, ese ahorro no es cualquier ahorro, sino el que procura cubrir las necesidades que los beneficiarios han de experimentar en las etapas más desvalidas de sus vidas, cuando llegan a una avanzada etapa de estas, o cuando se enfrentan a la pérdida de quien contribuía a su sustento.

Este dato lleva en sí una nota distintiva, que alerta acerca de la imposibilidad de someter estos casos a las mismas reglas que se aplican al resto de los contratos.

Desde esa perspectiva de la cuestión, no parece dudoso que un convenio de esta especie debe ser cumplido tal como fue pactado.

El del caso, fue celebrado en la moneda que hoy la demandada se niega a pagar.

Esto extingue la posibilidad de que la aludida solución pueda distorsionar las reglas a las que debe él entenderse sometido, habida cuenta que, debidamente individualizado el riesgo en un contrato de seguro, las probabilidades del siniestro y sus consecuencias no pudieron ser evaluadas por la demandada sino atendiendo a que el cumplimiento de su obligación habría de exigirle un desembolso en la referida moneda extranjera.

Dado el arquetípico carácter profesional de la demandada, doy por cierto que ella hizo las previsiones consecuentes, asegurándose así que la ley de los grandes números pudiera actuar con efectos compensadores.

Concluyo, por ende, del modo anticipado: la pretensión de los actores no es susceptible de alterar el sinalagma contractual ni, por ende, la solvencia del fondo de primas que debió formar el asegurador a fin de atender riesgos semejantes.

Por lo demás, la aseguradora no puede –como pretende– alegar lo contrario con vistas a reducir la prestación a su cargo.

Es decir: la pretensión de la demandada de pagar en pesos un riesgo que asumió en dólares invocando al efecto que la solvencia del fondo de primas sí se vio afectada por la pesificación, importa tanto como pretender sacar provecho del deficiente cumplimiento por su parte de las obligaciones que sobre ella pesaban de administrar en forma eficiente el referido fondo de primas.

No ignoro que la demandada se encuentra sujeta al cumplimiento de las disposiciones de la ley 20.091 que le impiden decidir libremente el modo de invertir sus activos.

Pero esa circunstancia –que derivó en su necesidad de invertir en activos que sufrieron los efectos de la mencionada pesificación– no puede ser opuesta al asegurado como excusa para incumplir lo pactado.

En efecto: la demandada no estaba obligada a otorgar seguros en dólares, de modo que, si igualmente los otorgó, no puede ahora invocar –para eludir las consecuencias de tal obrar– que su parte no se hallaba en condiciones de arbitrar los medios para que sus inversiones quedaran al margen del riesgo que le impidiera cumplir en aquellos términos.

Es decir: si existían normas que la obligaban a adoptar temperamentos que conducían –o podían conducir– a ese resultado, no debió aquella celebrar tales contratos.

Esto es aplicación de una noción básica: no existe ninguna norma del derecho de los seguros oponible a la parte actora que permita ligar la suerte de las sumas aportadas por esta a la suerte de los activos en los que dichas sumas hayan sido invertidas.

En tales condiciones, al no haber sido pactado, ni existir disposición legal específica que disponga lo contrario, forzoso es concluir que rige aquí el principio según el cual la suerte de los derechos que integran un patrimonio es independiente de las obligaciones que pesan sobre su titular.

Que tal principio es aplicable aquí parece claro, desde que el asegurado no mantiene la propiedad de los fondos que aporta a su aseguradora, sino que estos pasan a integrar el patrimonio de esta última, que los invierte asumiendo los riesgos inherentes, con la consecuencia de que sus eventualmente ruinosos resultados no pueden ser por ella invocados para excusar su deber de cumplir frente a aquel.

De ahí que, según mi ver, ni siquiera era necesario declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, dado que las reglas que rigen el sistema descrito demuestran que, en rigor, ellas deben entenderse inaplicables al caso.

Tal inaplicabilidad resulta de lo dispuesto expresamente en el texto del art. 11 de la ley 25.561; norma que, al señalar cuál es el método que corresponde adoptar para resolver los conflictos generados por la salida de la convertibilidad, manda atenerse a la doctrina del art. 1198 del Código Civil.

Esa norma demuestra lo dicho, pues si bien de ella resulta que la llamada teoría de la imprevisión se extiende a los supuestos de contratos aleatorios, ello es así en la medida en que la excesiva onerosidad que afecte a la prestación de una de las partes sea consecuencia de causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Naturalmente, no puede considerarse que el cambio en el valor del dólar sea hecho imprevisible para quienes, precisamente, contrataron en tal moneda en previsión –valga la redundancia– de tal cambio.

Por estas razones, descarto que asista razón a la apelante en el agravio que sobre este aspecto ha levantado: en seguros como el que me ocupa, la mayor onerosidad a cargo de la aseguradora integra el álea propia del contrato.

4. A la misma conclusión arribo en lo concerniente a la pretensión de que, al haber recibido los pagos sin efectuar reserva, los actores consintieron el régimen que les fue aplicado.

Como ha sido decidido con anterioridad por esta Sala, no es apropiado en estos casos hablar de un “sometimiento voluntario a un régimen jurídico”, como hizo en una primera instancia la Corte Suprema de Justicia al dictar el fallo “Cabrera” (esta CNCom., esta Sala C, in re “Menzella, Carlos René Ángel c/ PEN y otro s/ ordinario”, 20.4.12; “Mato Carril, María y otro c/ PEN” del 8.6.07; “Tellez Flores, María Florencia c/ Banco Río de la Plata” del 19.10.07; “Felice, Enrique Carlos c/ PEN” del 19.10.07; “Granzotto, Gabriel Alejandro c/ Banco Nación” del 6.11.07; Sala A, in re “Maquieira, Alfredo c/ Bank Boston Nacional Association s/ ordinario”, 26.4.07).

De hecho, la misma Corte explícitamente excluyó del ámbito de aplicación de dicha teoría aquellas situaciones en las que se consideró que el autor del acto carecía de una opción apropiada para exteriorizar un proceder alternativo (Fallos: 311:1132; 321:2086; conc. causa “Hoof, Pedro vs. Provincia de Buenos Aires”, H. 172, 16/11/04), siendo del caso recordar que, como se desprende del considerando 22 del voto mayoritario en la causa “Massa”, el Tribunal dejó de lado la doctrina del caso “Cabrera” en este punto.

Por lo demás, tengo para mí la convicción –que fundo en el sentido común, en la sana crítica judicial y en las

reglas de la experiencia–, de que el proceder de quien, hallándose privado totalmente de lo que le corresponde, acepta recibir “algo” de ese total, no adopta una decisión voluntaria.

Y esto, por una sencilla razón: carece de libertad.

Falta, por ende, un recaudo de indispensable concurrencia para poder calificar jurídicamente al acto como voluntario.

Así resulta de lo dispuesto en el art. 900 del Código Civil, según el cual los hechos ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

En la especie, no es necesario abundar en consideraciones tendientes a explicar que los actores no actuaron en forma libre, sino que utilizaron la única vía que les dejó a su alcance la demandada.

Las normas jurídicas no pueden presumirse concebidas para reglar conductas heroicas, sino para regir las conductas de la gente común.

Sostener, en consecuencia, que era exigible a los demandantes que, a fin de mantener sus principios, renunciaran al cobro –aunque fuera parcial– de las sumas que debían destinar a su sustento, importaría cargarlos con una exigencia que, por lo dicho, no cabe suponer contenida en la ley.

Descarto, por ende, la posibilidad de resolver la cuestión a la luz de lo dispuesto por el art. 624 del Código Civil, y descarto también la posibilidad de sostener que, al ahora obrar del modo en que lo hacen, los demandantes estén violando sus propios actos.

5. Tampoco debe prosperar, según mi ver, la pretensión de la recurrente de que su parte sea habilitada a pagar en moneda de curso legal al cambio que sostiene.

En rigor, ella no cuestiona que, si la sentencia fuera confirmada, su obligación sería la de entregar moneda extranjera (art. 619 del código civil).

Lo que ella sostiene, en cambio, es que eso no debe suceder a causa de las restricciones que para la compra de moneda extranjera existen en el mercado de cambios.

A mi juicio, esa alegación es inviable en el caso.

Así cabe concluir si se atiende a que no ha sido probado que a la nombrada le esté vedado comprar esa moneda a efectos de cumplir con las obligaciones que contrajo bajo la fiscalización del Estado, y menos lo está que ella no tenga en su haber las reservas necesarias para afrontar esos pagos, lo cual, según entiendo, basta para rechazar el agravio.

6. Igual suerte adversa ha de correr la queja vinculada con el hecho de que el seguro contratado no reconocía el derecho de acrecer.

La misma recurrente admite (ver fs. 330 vta.) que las leyes 24.733 y 25.687 establecieron en forma retroactiva ese derecho para contratos como el de autos, lo cual quita todo sustento al agravio.

No obsta a ello, claro está, lo alegado acerca de que las integraciones de capital destinadas a ese fin habrían sido insuficientes: más allá de que no hay prueba de este aspecto, lo cierto es que, de todos modos, también debe considerarse aplicable aquí cuanto fue dicho más arriba acerca de que las vicisitudes vinculadas con las fluctuaciones que sufra el patrimonio de la aseguradora no son susceptibles de incidir en el derecho del asegurado.

7. Tampoco empece a lo expuesto que los hijos de la actora hayan alcanzado la mayoría de edad, pues, como es obvio, el contrato debe cumplirse tal como fue pactado, sin que, dado lo dicho, importe cuál sea la composición de sus beneficiarios.

En tales condiciones, es claro que la única que podría resultar perjudicada sería la señora L. R., quien ha consentido la legitimación de sus hijos para efectuar el reclamo, sin perjuicio de que en el futuro el contrato deba ser cumplido sólo a su respecto.

8. Finalmente, tampoco encuentro procedente la queja vinculada con el reconocimiento de los intereses.

De lo que se trata aquí es de reconocer a los demandantes el derecho a obtener el cobro de intereses compensatorios; intereses que, como es sabido, no presuponen la mora ni entrañan ninguna sanción.

Son, en cambio, el precio que debe sufragar quien utiliza un capital ajeno, extremo que, verificado en el caso del modo más arriba señalado, me lleva a la conclusión de que deben ser pagados.

#### IV. LA CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, propongo a mis distinguidos colegas rechazar el recurso y confirmar en su integridad la sentencia apelada. Con costas a la recurrente, por haber resultado vencida (art. 68 del código procesal).

Por análogas razones, los Señores Jueces de Cámara, doctores *Eduardo R. Machin* y *Juan Roberto Garibotto*, adhieren al voto anterior.

#### Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede *se resuelve* rechazar el recurso y confirmar en su integridad la

## EDICTOS

### CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° Piso de esta ciudad, informa que la Sra. FIODOR MISCHENKO de nacionalidad UCRANIA con D.N.I. N° 93.722.945 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 5 de marzo de 2014. **Guillermo Auterio**, sec.

I. 24-7-14. V. 25-7-14 2999

### SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 43, Secretaría Única, sito en la calle Uruguay 714, EP., de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de doña ELENA HAYDEE LAVIUZZA a fin de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por 3 días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 22 de mayo de 2014. **María Cristina Espinosa de Benincasa**, sec.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3000

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de AGÜERO JORGE ALBERTO a fin de que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 22 de mayo de 2014. **Adrián E. Marturet**, sec.

I. 23-7-14. V. 25-7-14 2996

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 35, cita y emplaza a herederos y acreedores de ANTONIO MARIA LAGOS y MARIA DEL ROSARIO BENSUSAN, para que dentro del plazo de 30 días comparezcan en autos a hacer valer sus derechos. Publíquense edictos por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 4 de julio de 2014. S.L. **Gustavo G. Pérez Novelli**, sec.

I. 23-7-14. V. 25-7-14 2995

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de GERARDO FEDERICO SICHEL por el término de treinta días. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 17 de julio de 2014. **Ma. de las Mercedes Domínguez**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 2998

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de HONORIO ALVAREZ y PRECIOSA FILLOY a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 30 de junio de 2014. MC. **Manuel J. Pereira**, sec. ad hoc.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3004

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de ALFREDO BALTASAR PEREZ y ROSA SANTA ESPOSITO a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 18 de julio de 2014. **Manuel J. Pereira**, sec. ad hoc.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3002

Juzgado Nacional en lo Civil N° 22, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de ALDO ARGENTINO y GIUSEPPA FUCILE. Publíquese por 3 días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 08 de julio de 2014. **Dolores Miguens**, sec.

I. 23-7-14. V. 25-7-14 2994

El Juzgado Civil N° 95 cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de RAMON BLANCO. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, 17 de julio de 2014. **Juan Pablo Lorenzini**, sec.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3003

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de BENJAMÍN JOSÉ FABRO y AMANDA JOSEFA ROMERO a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 3 de julio de 2014. **Manuel J. Pereira**, sec. ad hoc.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3006

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 24 cita y emplaza por 30 días a acreedores y herederos de LINA LITVINCHUK y MAXIMO GRINBERG para que hagan valer sus derechos. Publíquese tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 08 de mayo de 2014. **Maximiliano J. Romero**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3009

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 2, Secretaría Única, en Talcahuano 490 5°, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de EDUARDO ANSARIAN. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 26 de junio de 2013. **Mónica Alejandra Bobbio**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3007

Juzgado Nacional en lo Civil N° 52, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de JOSE MIRTO GUIDO. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, julio 16 de 2014. **Silvia N. de Pinto**, sec.

I. 23-7-14. V. 25-7-14 2997

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de NATALIO GIANNICE a fin de que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 21 de mayo de 2014. **Adrián E. Marturet**, sec.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3013

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de ARMANDO ANTONIO MELLI y SUSANA BEATRIZ BIANCHI por el término de treinta días. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 17 de marzo de 2014. **Ma. de las Mercedes Domínguez**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3008

Juzgado Nacional en lo Civil N° 31 cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de SCORTA, ANGEL VIRGILIO. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 7 julio de 2014. **Laura B. Frontera**, sec.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3012

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de FRANCISCO IACOVONE a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 23 de mayo de 2014. **Inés M. Leyba Pardo Argerich**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3005

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 3, Secretaría Única, cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de MARIA SELVA ULRICH a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por el término de tres días en El Derecho. Buenos Aires, 15 de julio de 2014. **Ignacio Olazábal**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3014

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 20, Secretaría Única a mi cargo, sito en Talcahuano 550, P.6°, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de NORMA ELBA SPRUTH a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 3 de julio de 2014. **Juan Carlos Pasini**, sec.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3015

Juzgado Nacional en lo Civil N° 22, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de JAICHENCO GUILLERMO EDUARDO. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 16 de julio de 2014. **Dolores Miguens**, sec.

I. 25-7-14. V. 29-7-14 3020

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 42, a cargo de la Dra. **Paola Mariana Guisado**, Secretaría Única, sito en Uruguay 714, 2°, C.A.B.A., cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ROSAS ALFREDO ZÁVALA a efectos que comparezcan a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 15 de julio de 2014. **Laura Evangelina Fillia**, sec.

I. 25-7-14. V. 29-7-14 3022

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 59, Secretaría Única, sito en Av. De los Inmigrantes 1950, Piso 5° de esta ciudad, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de IRMA HAYDEE AVILA a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 15 de julio de 2014. **Santiago Villagrán**, sec. int.

I. 25-7-14. V. 29-7-14 3016

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 91, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de DAVEL EVANGELINA DNI 0.38.163. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, 07 de julio 2014. **María Eugenia Nelli**, sec.

I. 25-7-14. V. 29-7-14 3018

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 91, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de SIRES JORGE MAXIMO DNI 1661741. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, 07 de julio de 2014. **María Eugenia Nelli**, sec.

I. 25-7-14. V. 29-7-14 3019

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 13, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de JULIO CESAR BERTARINI. Publíquese por 3 días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 27 de junio de 2014. **Diego Hernán Tachella**, sec.

I. 25-7-14. V. 29-7-14 3021

El Juzgado Civil N° 95 cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de LILIA SANCHEZ BLANCO. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, 10 de julio de 2014. **Pablo F. Alonso de Armiño**, sec. int.

I. 24-7-14. V. 28-7-14 3010





# EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

sentencia apelada. Con costas a la recurrente, por haber resultado vencida (art. 68 del código procesal).

Notifíquese por Secretaría.

Devueltas las cédulas, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4º de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. – Julia Villanueva. – Eduardo R. Machin. – Juan R. Garibotto (Sec.: Rafael F. Bruno).

## OPINIONES Y DOCUMENTOS

### Acerca del abuso sexual infantil

#### I. Introducción

El abuso sexual, como cualquier trato negligente, o de otra índole, que ocurre en el contexto de relaciones de responsabilidad, confianza o poder, y que resulte en daño real o potencial para la salud y la supervivencia del niño, no solo afecta su desarrollo psicofísico, sino también su dignidad como tal, como sujeto pleno de derechos.

#### II. Abuso sexual infantil. Concepto

Podemos considerar abuso sexual infantil (*child sexual abuse*) el involucrar a un niño o adolescente en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, ya que por su condición de tal, carece del desarrollo madurativo, emocional y cognitivo para dar un consentimiento informado acerca del o los acto/s en cuestión.

El abuso sexual infantil se manifiesta en actividades entre un niño y un adulto, entre un niño y otro (al menos 5 años de diferencia) que, por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder.

Estas conductas, cuyo fin es satisfacer las necesidades de la otra persona, comprenden desde un manoseo hasta la implicación de los niños y adolescentes en cualquier tipo de intercambio sexual ilegal, tales como la explotación de niños a través de la prostitución o la producción de materiales y exhibiciones pornográficas.

Autoridad, poder y confianza son fundamentalmente los factores que, aprovechando la vulnerabilidad y dependencia del niño, permiten al agresor lograr su implicación en un vínculo sexualizado.

El abuso sexual infantil engloba una amplia gama de actividades sexuales, con y sin contacto físico, que pueden ser:

- exhibicionismo,
- voyeurismo,
- estimulación de genitales,
- sexo oral,
- masturbación del adulto y/o del niño,
- penetración genital con el dedo y/u objeto.

#### III. Abuso sexual infantil y violación

Tenemos que tener en cuenta que el abuso sexual no es sinónimo de violación, porque raramente el agresor utiliza la fuerza física para un asalto sexual que no ocurre de manera impredecible ni repentina, sino que generalmente se trata de un vínculo abusivo que se va construyendo en el tiempo sobre la base del manejo de la confianza, la autoridad o el poder.

#### IV. Abuso sexual infantil e incesto

El abuso sexual infantil no es sinónimo de incesto, porque puede ser ejercido por miembros de la familia (intrafamiliares) y también por personas ajenas a la familia (extrafamiliares).

#### V. Indicadores físicos en un niño o adolescente abusado

*Físicos, altamente específicos:*

- lesiones en zona genital y/o anal,
- sangrado por vagina y/o ano,
- infecciones genitales o de transmisión sexual,
- embarazos.

Es de resaltar que raramente la confirmación del abuso sexual se basa tan sólo en el hallazgo de signos físicos directos ya que, como señalé, el abuso sexual involucra una amplia gama de conductas.

Es por este motivo que su validación no debe basarse exclusivamente en signos físicos. Aun en caso de que hubiesen sido lastimados, muchos de estos niños pueden no ser revisados por

semanas, meses o años después de ocurrido el incidente. Este retraso en la consulta médica permite que el semen u otros residuos desaparezcan y que la mayor parte de las lesiones cicatricen.

*Indicadores físicos, no específicos:*

- dolores abdominales recurrentes,
- dolores de cabeza sin causa orgánica,
- trastornos de la alimentación (bulimia y anorexia nerviosa),
- fenómenos regresivos como la enuresis (incontinencia de orina) y encopresis (incontinencia de materia fecal), en niños que ya habían logrado el control esfinteriano,
- infecciones urinarias a repetición sin causa orgánica o externa identificable.

Los indicadores mencionados precedentemente no tienen relación causal con el abuso sexual, pero su presencia puede ser indicadora de sospecha.

#### VI. Indicadores psicológicos en un niño o adolescente abusado

Conforme el nivel evolutivo puede presentar:

*En niños menores de 3 años:*

- conductas hipersexualizadas, que implican un conocimiento inhabitual del/a niño/a acerca de los comportamientos sexuales de adultos y que revelan erotización precoz,
- retraimiento social,
- conductas agresivas o regresivas,
- temores inexplicables ante personas o situaciones determinadas,
- dificultades en el sueño.

*En niños de edad preescolar:*

- signos de estrés postraumático,
- sexualización precoz, acompañada de un grado de curiosidad sexual no acorde para la edad,
- masturbación compulsiva, siempre que se convierta en la actividad que más interés despierta en el/la niño/a o que ocupa la mayor parte de su tiempo y que no puede evitarla aun en presencia de una figura que podría censurarla/a,
- introducción de elementos en los orificios anal o vaginal,
- juegos con representaciones o actividades concretas de sexo oral, coito anal o vaginal,
- acercamientos peculiares a los adultos (tocar u oler genitales del adulto, solicitar o introducir lengua cuando besa),
- hiperactividad,
- enuresis y/o encopresis,
- pesadillas, terrores nocturnos,
- conductas compulsivas de distinto tipo,
- fenómenos disociativos.

*En niños de edad escolar y preadolescentes:*

- cualquiera de los indicadores ya descriptos en las etapas anteriores,
- dificultades de aprendizaje de aparición brusca e inexplicable, sin desencadenante evidente, como por ejemplo el nacimiento de un hermano, separación de los padres, etc.,
- coerción sexual hacia niños más pequeños o retraídos,
- fugas del hogar,
- aislamiento, o por el contrario hostilidad y agresividad exacerbada en el hogar o con el grupo de pares,
- sobreadaptación o pseudomadurez,
- marcada desconfianza hacia adultos significativos,
- robos,
- mentiras reiteradas,
- sentimiento de tristeza,
- necesidad de permanecer en la escuela fuera del horario.

*En adolescentes:*

- conductas riesgosas y violentas,
- retraimiento,
- sobreadaptación,
- coerción sexual hacia otros/as niños/as,
- promiscuidad sexual,
- prostitución,
- fugas del hogar,
- consumo de drogas,
- conductas delictivas,
- automutilaciones y conductas agresivas,
- intentos de suicidio,
- excesiva inhibición sexual,
- trastornos de la alimentación.

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

Resolución General 3645 de julio 10 de 2014 (AFIP) - **Impuestos.** Clubes de Campo y Barrios Cerrados. Propiedad Horizontal. Procedimiento. "Countries", clubes de campo, clubes de chacra, barrios cerrados, barrios privados, edificios de propiedad horizontal y otros. Régimen de información de montos en concepto de expensas, contribuciones para gastos y conceptos análogos. Régimen de información. Información a suministrar. Presentación. Vencimiento. Modificación (B.O.15-7-14).

*Próximamente en nuestros boletines EDLA.*

El relato de un niño o de una niña acerca del abuso sexual es uno de los indicadores más específicos "en todos los ciclos evolutivos". Alrededor de los abusos sexuales infantiles giran preconceptos y falsas creencias que obstaculizan notoriamente cualquier intervención.

#### VII. Develación del abuso

Cuando un niño devela el "secreto" del hecho abusivo, se le debe creer, tratarlo con respeto y dignidad. Brindarle confianza y seguridad manteniendo la calma. Escucharlo sin corregirlo ni confrontarlo y sin hacer intentos de cambiar lo que dice.

No se le debe expresar desaprobación por el presunto agresor. Es posible que el niño lo quiera y lo proteja a pesar de haber sido victimizado.

Se debe desculpabilizarlo, decirle que los hechos ocurridos no fueron por su culpa. No se debe obligar al niño a comentar sentimientos que aún no está preparado para compartir. Uno debe valorar su valentía de haberlo contado.

No se debe aceptar mantener el secreto de lo develado, pero se debe aclarar que lo contará a personas que pueden ayudarlo.

#### VIII. Situación abusiva y denuncia

Ante una situación de maltrato y/o abuso sexual infantil se puede realizar una denuncia conforme la jurisdicción donde hubiese transcurrido el hecho abusivo, a saber:

*CABA*

- Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sito en Diagonal Norte 832, piso 3º;
- Red de Defensorías Zonales;
- Guardia Permanente de Abogados;
- Oficina de Violencia Doméstica, sita en Lavalle 1250;
- Cámara Penal, sita en Viamonte 1147.

*Provincia de Buenos Aires*

- Servicio de Promoción Zonal y Social de la Jurisdicción;
- Comisaría de la Jurisdicción;
- Fiscalías de Género del Departamento Judicial correspondiente.

#### IX. Conclusión

Cuando se está frente a una sospecha fundada de que se produjo una situación abusiva, de lo que se trata es de valorar si la salud y la seguridad básicas del niño se encuentran en riesgo. Considero que dicha valoración se debe realizar de modo urgente e inmediato a fin de que cese el abuso y sus consecuencias.

En el marco de una denuncia por violencia familiar sucede que podemos encontrarnos ante una situación de abuso sexual infantil (*child sexual abuse*). No necesariamente lo hay en una denuncia por violencia doméstica, pero muchas veces existe y cuesta percibirlo realmente por parte de su madre, ya sea porque la mamá del niño piense que el presunto abusador sería incapaz de realizar tal acto, o quizás ella sea cómplice de la situación abusiva, sabiendo que el progenitor abusa reiteradamente de su hijo/a.

Cuando hablamos de abuso sexual infantil estamos en presencia de un delito penal y, como tal, existe la obligación de denunciar.

SILVINA BENTIVEGNA

**VOCES: DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL - PATRIA POTESTAD - MENORES - FAMILIA - MEDIDAS PRECAUTORIAS - VIOLENCIA FAMILIAR - DERECHO PENAL**