

## Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida

### REGLAMENTACIÓN QUE AMPLÍA EL DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA

Marisa Herrera y Eleonora Lamm

**SUMARIO:** I. Un piso mínimo alto.- II. El texto o el cómo se prevé el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de TRHA.- III. Algunas ausencias conscientes.- IV. Cerrando una etapa.

➔ Si sancionar una ley de cobertura médica en un contexto normativo donde aún prima el silencio legal mas no jurisprudencial —dispar y contradictorio— en medio de fuertes aires reformistas no era tarea sencilla; reglamentarla en un marco de amplitud sin quitarle tal espíritu y, a la vez, concretar los derechos reconocidos constituía una actividad legislativa más desafiante aún.

#### I. Un piso mínimo alto

En fecha 05/06/2013, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.862 (Adla, 18/2013, p. 1) tendiente a “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Dentro de los 90 días fijados desde su publicación en el Boletín Oficial (art. 11), se asumió el compromiso de ser reglamentada. Ello aconteció al mes y catorce días, mediante el decreto que lleva el nro. 956 del 19/07/2013. Este nuevo instrumento se analiza en esta oportunidad para un primer y necesario acercamiento.

Veamos, el elemento que tipifica o caracteriza a esta normativa es su amplitud, al permitir el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia. He aquí una primera manda que debía seguir la reglamentación: no limitar los derechos humanos comprometidos en una normativa de este tenor y a la vez, cumplir su principal objetivo: profundizar y concretar tales derechos; o en palabras de la propia reglamentación:

*“la puesta en funcionamiento de las previsiones contenidas en la Ley N° 26.862”.*

La tarea no era nada sencilla, teniéndose en cuenta que toda actividad tendiente a clarificar derechos en la esfera práctica conlleva, a la vez, el riesgo de recortarlos. ¿El reglamento cumple con este difícil objetivo? Al final de este primer comentario se encuentra la respuesta, la cual podrá presumirse a medida que se avance al analizar el texto del reglamento.

Como punto de partida, es dable destacar las principales aseveraciones que se exponen en los “Considerandos” de la reglamentación a modo de pilares sobre los cuales se edifica su texto. Así, se esgrimen sendos principios en total consonancia con la ley 26.862 —como debe ser— y son: 1) los derechos comprometidos en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son “los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud”; de esta manera, se reafirma que el derecho a la salud no es el principal o el único derecho humano involucrado, lo cual se condice con ser uno de los 16 países (1) que reconoce el llamado “matrimonio igualitario” y que además, se encuentran íntimamente ligados con los derechos a la dignidad, la libertad y la igualdad de toda persona humana y 2) sin eufemismos ni intenciones solapadas, se afirma que “la intención socio-cultural y jurídica del legislador, de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión social, de más inclusión en salud; en el marco de una sociedad que evoluciona culturalmente, aceptando la diferencia y la diversidad cultural, y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa”, por lo tanto se reitera que la ley 26.862 está abierta a todas las personas mayores de edad para que sin “discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado” puedan acceder a la cobertura médica en

todo establecimiento de salud, sea público, de la seguridad social (obras sociales) o privado (medicina prepaga).

Como se puede observar ya de los “considerandos” de la reglamentación, se tiene muy presente que ésta no puede, ni debe ni pretende, limitar el acceso a la cobertura médica sino, por el contrario, facilitar su aplicación práctica señalando cuáles son los requisitos para el cumplimiento de tal loable finalidad. Esto queda claro desde sus primeros párrafos.

#### II. El texto o el cómo se prevé el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de TRHA

##### II.1. Su objeto

Cabe recordar que el art. 1º de la ley 26.862 se preocupa en delimitar el objeto de esta normativa, es decir, “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”; para ello, el art. 1º de la reglamentación establece que la posibilidad de acceso a tales procedimientos y técnicas es para cualquier cobertura que posean los titulares del derecho, para lo cual “los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la ley nro. 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten”.

##### II.2. Definiciones

El art. 2º de la ley 26.862 se refiere a las “Definiciones”. La reglamentación ahonda más en este aspecto, al diferenciar las técnicas “intracorpóreas” de las “extracorpóreas”, las cuales muestran una regulación diferente, en particular, en lo relativo al consentimiento y su revocación, como se verá más adelante. Con relación a la primera, la reglamentación expone que las técnicas de *baja complejidad* son aquellas que

tienen por objeto la unión entre el óvulo y el espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, ya sea con material genético (semen) de la pareja o de donante. En cambio las segundas, es decir, las técnicas de *alta complejidad*, son aquellas en que la unión entre el óvulo y el espermatozoide acontece fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro intracitoplasmática de espermatozoide, la crioconservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos. Al respecto, cabe destacar que se alude al “sistema reproductor femenino” no se utiliza el término “mujer”, sucede que la denominación que utiliza la reglamentación no sólo es más precisa desde el punto de vista médico, sino también legal, para estar en total consonancia con la ley 26.743 (Adla, LXXII-C, 2433) de identidad de género, normativa que no exige intervención quirúrgica previa de “reasignación de sexo” para procederse a la rectificación registral del sexo (conf. art. 2º); (2) línea legislativa que no se sigue al regular la cuestión de la revocación del consentimiento en el art. 7º.

En total consonancia con la técnica legislativa que se adopta cuando se trata de normativas de tinte bioéticas, es decir, íntimamente comprometidas e interesadas con el avance y desarrollo de la ciencia médica, el párrafo final del art. 2º de la reglamentación deja abierta la posibilidad de que se incluyan otro tipo de técnicas al disponerse que “La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas que hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por

CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

**DOCTRINA.** Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia.

Marisa Herrera y Eleonora Lamm..... 1

**NOTA A FALLO.** El dolo y su prueba en el proceso penal

Mariano Cúneo Libarona..... 6

#### JURISPRUDENCIA

**USO DE DOCUMENTO FALSO.** Presentación de una tarjeta migratoria falsa ante la Dirección Nacional de Migraciones. Delito previsto en el art. 296 del Cód. Penal. Sobreseimiento.

Inexistencia de dolo (CNFed. Crim. y Correc.) ..... 6

RENTA VITALICIA. Emergencia económica. Renta vitalicia previsional pactada en dólares. INTERESES (CFed. Seg. Social)..... 10

#### JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Gestor procesal  
Jorge Alberto Diegues ..... 11



# Una reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia

VIENE DE TAPA

la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud (...); procedimientos y técnicas que serán incorporadas siempre mediante el dictado de normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud. (3)

## II.3. Autoridades de aplicación

Una de las cuestiones más complejas que involucra la materia en análisis, como acontece en todo lo relativo a la salud como así a otras políticas públicas como la educación, se refiere a la interacción nación-provincia o cómo se entrelaza la competencia federal y la local, siendo que le corresponde al primero delinear los principios, propósitos y finalidades de las políticas públicas y a los segundos, su implementación, puesta en marcha y consecuente efectividad. Si bien la autoridad de aplicación de la ley 26.862 y su reglamentación es el Ministerio de Salud juntamente con la Superintendencia de Servicios de Salud, lo cierto es que se menciona de manera expresa a las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ámbitos locales) para que juntamente con el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud (ámbito federal), lleven adelante de manera coordinada actividades para “el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana médicamente asistida”. ¿A qué se debe la incorporación a último momento al texto definitivo de la reglamentación a la Superintendencia de Servicios de Salud? Según se ha puesto de resalto en la presentación pública de esta normativa, lo sería a los fines de reforzar los organismos que velan por el efectivo cumplimiento de la ley; o en otras palabras, para evitar negativas o reticencias por parte del cúmulo de obligados que impone la ley y que se ocupa de reiterar la reglamentación.

## II.4. El poder de contralor: registros y habilitación de establecimientos sanitarios

El art. 4º de la ley se refiere al “Registro” de los establecimientos sanitarios habilitados para poder llevar adelante los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, como así también de los bancos de gametos y/o embriones. Aquí la reglamentación aclara que este registro funcionará en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud dependiente del Ministerio de Salud. Nuevamente, sale a la luz la relación federal, local, expresándose que “Las autoridades sanitarias de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado

a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado”.

¿Cómo se logra la mencionada “habilitación” y consecuente “registro”? El art. 5º de la reglamentación dispone que la autoridad de aplicación —sin fijarse un plazo determinado— debe establecer “los requisitos de habilitación de los establecimientos sanitarios que se postulen para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, en el marco de la normativa de habilitación categorizante del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica” ya mencionada en el art. 2º. Asimismo, se aclara en la última parte del art. 5º que la habilitación sanitaria del servicio como de los establecimientos “será otorgada por la autoridad jurisdiccional competente”, por lo cual, nuevamente se alude a las autoridades sanitarias locales, siempre en consonancia con las pautas fijadas por la autoridad de aplicación federal.

## II.5. Funciones de la Autoridad de aplicación

La interacción federal-local ínsita en todo despliegue que comprometa el ámbito de la salud, también se la observa en el art. 6º en el cual se enumeran las funciones que le corresponden al Ministerio de Salud. Aquí parecería que si bien la autoridad de aplicación de la ley es mixta: Ministerio de Salud y Superintendencia de Servicios de Salud de conformidad con lo dispuesto en el art. 3º, lo cierto es que al primero se le asigna de manera concreta y específica determinadas funciones. Esta mayor atención en un organismo federal por sobre el otro sería una clara evidencia de que el segundo fue una incorporación decidida en la última etapa de la redacción del texto legal, tal como se lo puso de resalto en su presentación oficial y que, efectivamente, tiene más una función de fiscalización y control.

Las funciones del Ministerio de Salud en lo que respecta a la garantía del acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida son:

A) Coordinar con las autoridades sanitarias locales la creación de servicios de esterilidad y fertilidad de distintas complejidades según necesidades y existencia previa de los mismos en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional que cumplan con los requisitos generales de habilitación categorizante según el Programa ya mencionado.

Esta función es fundamental, porque, como se destaca en la ley, se deben “Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la ley”, consecuentemente, en cada una de las distintas jurisdicciones o a nivel regional, debe existir una unidad en la que se practiquen y puedan llevarse a cabo estas técnicas, lo cual no es un dato menor con miras al cumplimiento al objetivo de estas normativas: el acceso integral a las TRHA.

B) Mantener actualizada en la página web del Ministerio de Salud como en el Sistema

Integrado de Información Sanitaria el listado de los establecimientos sanitarios públicos y privados habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

C) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones a través del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable.

De esta manera, y al igual que en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28/11/2012, tanto el derecho a procrear como el derecho a no procrear (4) partirían de un mismo núcleo duro en común: la procreación responsable en toda su extensión, lo cual se lo puede visualizar al ampliarse por disposición de la reglamentación en análisis los objetivos del aludido Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable a cuestiones referidas al derecho a procrear, amén de las ya establecidas con relación al derecho a no procrear en torno ambas a las nociones de información y prevención.

D) La promoción conjunta con el Ministerio de Educación de acciones tendientes a “la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencias de la salud”.

¿Habría otras funciones claves que podría asumir el Ministerio de Salud? Seguramente varios, que irán señalando el tiempo y las necesidades que vayan surgiendo y advirtiéndose en la puesta en marcha de este verdadero sistema federal-local para el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Por lo pronto, ya habría una función que debería asumir la autoridad de aplicación hábil para una mejor organización de este sistema: la generación de fuentes de información primaria de tipo cuantitativa como cualitativa. ¿Qué cantidad de procedimientos se llevan adelante? ¿Qué tasa de éxito hay en el país? ¿Es cierto que el grado de desarrollo y perfeccionamiento de las TRHA en el país no tiene nada que envidiarle a lo que acontece en Europa y en Estados Unidos? ¿Cuántos niños nacen en el país con material genético de un tercero? Y así una gran cantidad de interrogantes que genera el uso de las TRHA en el que los números como la información proveniente de profesionales calificados sería de suma relevancia para poder conocer en profundidad y de manera confiable, que esta práctica médica tiene por objetivo último, ni más ni menos, que ser una vía para que tantísimas personas puedan ser padres y formar una familia y, principalmente, que una cantidad de niños puedan nacer y ser criados en familias que los buscan y desean.

## II.6. El consentimiento informado y su revocación

Las disposiciones más relevantes son, al igual que acontece en la ley base 26.862, los arts. 7º y 8º.

El primero se refiere a los beneficiarios y, en especial, a la cuestión del consentimiento

to. Así, la primera parte del articulado expresa que “El consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, la Ley Nº 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y la Ley Nº 25.326 de protección de los datos personales”.

La segunda parte se dedica a resolver el tema de la revocación del consentimiento al afirmarse que “En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión”.

Al igual que lo hace la ley 26.862, la reglamentación tiene muy en cuenta el proyecto de reforma del Código Civil. En lo que respecta al consentimiento, está en total consonancia con lo dispuesto en la primera parte del art. 560 referido, precisamente, al “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida” en el que se establece que “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. De esta manera, tal es la importancia del consentimiento informado en las TRHA que no sólo este elemento ocupa un lugar central en la regulación de la filiación en el proyecto de reforma, sino también en la ley 26.862 y en su reglamentación, previéndose en este último instrumento que tal acto puede acontecer hasta antes del inicio de cada procedimiento o técnica de reproducción médicamente asistida. Esto quiere decir, que si se utiliza el material genético en fresco, o sea, directamente luego de su extracción sin que se lo crioconserva, sólo basta ese consentimiento, sin perjuicio del consentimiento para la extracción; en cambio, si se procede a la crioconservación de los gametos o embriones, ante un nuevo procedimiento para otra transferencia, el consentimiento debe prestarse una vez más.

Lo mismo acontece con la revocación cuando se trata de técnicas de alta complejidad, que puede acontecer hasta el momento de la implantación del embrión, en total consonancia con lo dispuesto en el art. 19 del proyecto de reforma que se refiere a la existencia de la persona humana. El texto proyectado expresa que cuando se trata de TRHA, la existencia de la persona comienza, justamente, con la implantación del embrión en la persona. Así, hasta antes de ser considerado persona se puede proceder a revocar el consentimiento de las técnicas de alta complejidad.

## II.7. La cobertura prestacional

El artículo 8º, al igual que su par en la ley 26.862, es la disposición más extensa ya que

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En sentido amplio, ya sea por ley o por decisión judicial como acontece con la resolución de un organismo como lo es el Consejo Nacional de Justicia de Brasil al dictar la resolución nro. 175 del 14/05/2013. Destacándose también los avances en el Parlamento británico y la promesa expresada por la principal candidata a la presidencia de Chile, Michelle Bachelet, de presentar un proyecto de ley en este sentido (<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-222074-2013-06-12.html>, compulsada el 23/07/2013). Por ser una decisión cuyo impacto se ha extendido fuera de sus fronteras, cabe traer a cola-

ción el fallo del 26/06/2013 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que dictó dos fallos de suma importancia para el reconocimiento del matrimonio homosexual en ese país. Por un lado declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA, por su sigla en inglés) (*United States v. Windsor*, 699 F. 3d 169.) Por el otro, se pronunció sobre la proposición 8 y la falta de legitimación (*Hollingsworth v. Perry*, 671 F. 3d 1052.).

(2) Cabe recordar que el art. 2º se refiere también a la “Definición” y dice: “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no

con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

(3) En consonancia con la solución adoptada por el artículo 2º de la ley española de 2006 (ley 14/2006), que sigue un criterio abierto y evita la petrificación normativa, se habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional

de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica. Una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.

(4) Ver KEMELMAJER de CARLUCCI-LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo”, Columna de actualidad en la revista on line de Microjuris, cita MJN-68565 y del mismo trío autoral, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LA LEY, 28/12/2012, p. 1 y ss.

se ocupa del nudo central de estas normativas: la cobertura médica. El primer párrafo —de un total de varios— reitera los obligados a cubrir los procedimientos y tratamientos de TRHA que ya enumeraba la ley 26.862; lo que agrega y así aclara la reglamentación, es que *“El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud”*. Por lo tanto, se refuerza la finalidad de que la cobertura alcance, muy especialmente, a los que hasta ahora habían quedado afuera o excluidos de la posibilidad de ser padres por TRHA. Al mismo tiempo, se procura evitar el llamado “turismo reproductivo” como ya acontece en la práctica, siendo que los extranjeros podrán seguir viniendo a la Argentina para realizar un tratamiento de TRHA, pero no podrán hacerlo en el sistema público.

Una de las cuestiones esenciales en materia de cobertura médica sobre la cual debía avanzar la reglamentación es en torno a la cantidad de procedimientos/tratamientos a ser cubiertos. Cuando se trata de tratamientos de baja complejidad, se puede acceder hasta cuatro tratamientos anuales y cuando se trata de tratamientos de alta complejidad, hasta un máximo de tres tratamientos con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos. Este es el principio en materia de cobertura complementado con la siguiente consideración: *“Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres -3- intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad”*.

Estas son las limitaciones en materia de cobertura, evitándose así caer en la difícil situación de fijar una edad máxima que, como es sabido, versiones anteriores al texto final la establecían en los 45 años. (5) Si bien el fundamento por el cual se quitó toda referencia a la edad máxima y por ende, una limitación más en materia de cobertura está a tono con el principio de amplitud que define a la ley como a su reglamentación; lo cierto es que esta cuestión ameritaría un análisis de mérito, oportunidad y conveniencia más profundo, auspiciado por dos principios clásicos del campo de la salud como son el de solidaridad y el de universalidad que exceden con creces los objetivos de este comentario.

Varias son las decisiones legislativas en las cuales se observa la coherencia con un ordenamiento jurídico que reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Una de ellas es el párrafo sexto del artículo en análisis en el cual se asevera que *“No se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la Ley N° 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo”*. Esta previsión responde al lugar secundario que tiene el derecho a la salud

en la ley de cobertura médica, siendo que los derechos que priman son el derecho de toda persona a la paternidad/maternidad y el consecuente derecho a formar una familia, más allá de la “íntima conexión” con el derecho a la salud tal como se explicita en los “Considerandos” de la reglamentación.

Tal como se prevé en el proyecto de reforma del Código Civil y también se sigue en la ley 26.862, se permiten las TRHA homólogas (con material de la propia pareja) como heterólogas (con material de un tercero); ésta es una consecuencia obvia de la idea de defender un concepto de familias en plural. Sucede, que si se aceptan la familia monoparental como la homoparental, es sabido que las TRHA constituyen la vía para que una mujer sola como las parejas del mismo sexo accedan a la maternidad/paternidad y a formar una familia. Amén también de estar alineado con la postura seguida en el resonado caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, en el que se reconoce y profundiza sobre la satisfacción del derecho a gozar del progreso o desarrollo científico. ¿Acaso también gracias a la utilización de material genético de un tercero no han podido nacer una gran cantidad de niños en el marco de familias —casadas o no— de diverso sexo?

Con sólidos fundamentos constitucionales-convencionales, las TRHA heterólogas forman parte del incipiente entramado legal en la materia. Esto trae consigo una mayor complejidad jurídica y, junto a ello, la necesidad de contar con ciertas previsiones tendientes a regular, limitar y proteger la utilización de gametos o embriones de terceros ajenos al proyecto parental. A estos fines, el párrafo séptimo indica que *“En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (...)”*. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de esta disposición? Controlar el uso de material genético de terceros, no sólo por razones médicas, atento a que los bancos efectúan en los donantes varios estudios médicos que descartan la existencia de determinadas enfermedades, sino también porque compromete un derecho humano de alto contenido simbólico en el plano individual como el colectivo como lo es el derecho a la identidad. ¿Cuántas veces se puede ser donante de óvulos como de esperma? ¿Cuántas personas puedan nacer del mismo donante en general o interesa dentro del mismo radio de acción o residencia de los beneficiarios? ¿Cómo es posible controlar y limitar este uso para que no se transforme en un abuso que incremente los miedos de los protagonistas de las TRHA, en especial, los niños? ¿Cuál es la edad máxima para ser donante? ¿Qué cualidades se deben tener en cuenta para evaluar la habilidad o no de una persona para ser donante? Si bien todos estos interrogantes no son respondidos por la reglamentación y deberían serlo en normas complementarias que emita la autoridad de aplicación, lo cierto es que la registración que sí se prevé es un punto de partida clave, básico y necesario para elaborar pautas mí-

nimas en torno a una cuestión tan sensible como lo es la donación de gametos como de embriones.

Dada la posibilidad fáctica de que la donación se haya efectuado en un centro autorizado diferente al establecimiento en el que se realiza el tratamiento de TRHA —lo cual es una práctica habitual, ya que no todos los centros de salud especializados tienen, a la vez, bancos o a la inversa, hay establecimientos que sólo se dedican a ser bancos de gametos y/o embriones— la reglamentación resuelve esta situación disponiendo que en este caso *“el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante”*. De este modo, se asegura que en todos los casos los gametos provengan de bancos debidamente acreditados

Esto a su vez, tiene otra consecuencia, la de evitar la donación directa o intrafamiliar. La reglamentación, al imponer el requisito de que el semen o los óvulos provengan siempre y exclusivamente de bancos de gametos, impide que de ahora en más los usuarios de las TRHA puedan ofrecer su donante. (6)

Con el objetivo básico de toda reglamentación de aclarar aquellas consideraciones generales que expone una ley, el decreto 956/2013 afirma de manera expresa que la donación de gametos y/o embriones está incluido en cada procedimiento, o sea, que se encuentra expresamente dentro de la cobertura médica.

Como última previsión relativa a un tema sensible como lo es la donación, se pone de resalto que ella *“nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”*, lo cual no significa que no se pueda abonar un monto en dinero a modo de “compensación”, tal como lo prevé de manera precisa y clara la ley española 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuyo apartado 3 del art. 5º tras aseverarse que *“La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”* —exactamente las mismas palabras que el texto reglamentario en análisis— se agrega que *“La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”*; lo que sucede en la práctica hoy en día. Por lo tanto, como se puede apreciar, el ser la donación un acto no lucrativo ni comercial no es óbice para que sea posible el desembolso de dinero con una finalidad netamente compensatoria, siendo España un claro ejemplo de esta compatibilidad y coherencia interpretativa.

La razón de admitir esta compensación estaría en el efecto práctico, en particular, en materia de donación de óvulos, atento a que no habría prácticamente mujeres que se ofrecerían a ser donantes si fuera totalmente gratuito, ya que implica una exposición del cuerpo de la mujer mayor que en

el caso del hombre. Además, tampoco se puede confiar todo un sistema como lo es el acceso a las TRHA heterólogas a la “buena voluntad” de las personas que se someten a TRHA. Al respecto, cabe traer a colación los resultados arrojados en una investigación (7) elaborada por tres psicólogas argentinas que trabajan hace tiempo con parejas que se encuentran en tratamiento de fertilidad, en el que citan algunos resultados arribados en una investigación realizada por un organismo no gubernamental dedicado al tema en el que se encuesta a 1155 personas se demuestra que las personas que se someten a las TRHA, si bien al principio dicen que donarían su material genético, lo cierto es que cuando llega el momento de hacerlo no lo hacen. Aquí se pregunta, entre otras cosas, acerca del destino de los embriones. Al respecto, se asevera que en un principio, en un 65% las personas responden a favor de donar los embriones (8), pero que tiempo más tarde, cuando han logrado un embarazo, retrasan la decisión acerca de qué hacer con sus embriones y terminan por cambiar de opinión, siendo reticentes a la donación. Se dice: *“Transcurridos dos o tres años del evento, en aquellos casos en que las parejas tenían un proyecto de vida que incluía más de un hijo, se puede pensar en nuevas transferencias e intentos de embarazo como destino posible de los embriones. Pero cuando el proyecto de segundo hijo se dilata o cesa, la situación es diferente. En tanto se trata de su propio material genético, llegado el momento, a las parejas suele resultarles difícil pensar en la aceptación de la adopción por parte de parejas infértiles. El panorama se hace más complejo, porque en las parejas circula la fantasía de gemelaridad, dilatada en el tiempo, sobre todo si ya han logrado un embarazo. También surge la figura de que el material guardado es una suerte de clon del embrión transferido. Más complicado les resulta contemplar la donación para investigación. Algunos, cuando ya tuvieron otros hijos, prefieren descartar los embriones que restan. En todos los casos se posterga el “hacerse cargo” de una decisión que dejaron pendiente. Suponen que con el transcurrir de los años se aclararán los recorridos a seguir. Esta situación es más complicada, pues el significado, la representación y valoración de esos embriones cambian una vez logrado el objetivo deseado. Las posiciones elegidas son reemplazadas en el tiempo. Algunos, en última instancia, aceptan entregarlos para investigación considerando que “podrían ayudar a parejas con problemas reproductivos”, como los que ellos padecieron”*. Como se puede apreciar, la cuestión es mucho más compleja y no podría sostenerse que sólo con medidas educativas todos estos miedos y resistencias entendibles por parte de quienes transitan por una situación dolorosa como la infertilidad decidirían donar de manera gratuita los óvulos o embriones formados con material genéticos de parejas que ya han tenido hijos y ya no pretenden someterse a ningún tratamiento más, es decir, el material o embriones sobrantes.

Como último párrafo de cierre del articulado central tanto en la ley como en la reglamentación, se advierte la real preocupación

CONTINÚA EN LA PÁGINA 4

## { NOTAS }

(5) Cabe tener en cuenta que la reglamentación de la ley de la Provincia de Buenos Aires fijaba una edad mínima de 30 años y una máxima de 40. Esta limitación fue declarada inconstitucional en algunas ocasiones, por citar la más reciente, en el caso M., N. M., la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala I. 19/03/2013 sostuvo: *“(...) surge palmaria-mente del texto de la normativa sancionada por la legislatura, que ésta busca garantizar el acceso a los tratamientos de reproducción asistida a sus habitantes, pero también se percibe que la reglamentación por dec. 2980/2010 y sus modificatorio 564/2011, limita en forma arbitraria e irrazonable la posibilidad de realizar estos tratamientos a las parejas, ya que restringe ese*

derecho abarcando sólo a las mujeres que se encuentran entre los 30 y 40 años. Que el recaudo temporal adicional, impuesto por el decreto reglamentario, constituye una demasía en relación a la norma que reglamenta, toda vez que esta última nada indica al respecto, constituyéndose en un verdadero exceso en la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. Que en esa dirección, considero que ni del texto de la ley 14.280, ni de los considerandos de los decs. 2980/2010 y 564/2011 surgen argumentos claros que permitan dar sustento al límite de cobertura basado en la edad mínima y máxima de la requirente, ni el porqué de la adopción de esa banda de edad entre los 30 y 40 años, careciendo esa restricción de fundamentos científicos y biológicos.

Que, en consecuencia, la reglamentación no explicita en sus considerandos los motivos científicos que llevan a imponer este límite de edad, al cual la norma de origen en nada ha trasuntado sobre ello...”; agregándose: *“(...) cabe concluir que éste excede las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo, por lo que, aun si el amparista no lo hubiera planteado, corresponde decretar su inconstitucionalidad”*.

(6) Para un análisis de las donaciones intrafamiliares véase WERT, G. de - W. Dondorp, PENNING, G. - SHENFIELD, F. - DEVROEY, P. - TARLATZIS, B. - BARRI, P. and DIEDRICH, K., “Intrafamilial medically assisted reproduction (DIF)”. Human Reproduction, Vol. 26, No. 3, enero de 2011, pp. 504-509.

(7) JADUR, Silvia - DUHALDE, Constanza y WAINSTEIN, Viviana, “Embriones y su destino”, Página 12, 13/06/2013 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-222161-2013-06-13.html>, texto extractado del artículo “Efectos emocionales de la criopreservación de embriones y su transferencia”, publicado en la Revista de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 25, N° 1.

(8) “Los porcentajes en las respuestas fueron en general coincidentes entre hombres y mujeres. Alrededor del 15 por ciento considera que los donaría para investigación, el 65 por ciento los donaría a otras parejas y el 15 por ciento los destruiría (un porcentaje de encuestados no respondió a esta opción)”.

## ● VIENE DE LA PÁGINA 3

por la materialización de la cobertura médica y con ello, la efectividad de este paquete normativo al disponer que la autoridad de aplicación “podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, *sin que ello implique demora* en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley N° 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma *no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata* de las mencionadas garantías”. (9)

## III.8. El presupuesto

El art. 9° se ocupa de otra cuestión esencial como lo es el presupuesto, estableciéndose que el Ministerio de Salud (uno de los dos organismos que integra la “Autoridad de Aplicación” y el que observa mayor atención según el texto de la reglamentación) tiene la obligación de asignar anualmente las partidas presupuestarias para afrontar el compromiso legalmente asumido. Aquí habría que indagar acerca de cuál es el compromiso real de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en la implementación de la ley de cobertura médica, lo cual se podría medir fácilmente al observarse cuál es el porcentaje de su presupuesto que se le destina a solventar las erogaciones que impone la ley. Esto se relaciona de manera directa con lo dispuesto en el último articulado de la reglamentación.

## III.9. El papel de las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por último, el art. 10 de la reglamentación brinda el real sentido y contenido a la “invitación” que esgrime el art. 10 de la ley 26.862 para que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionen “*para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes*”. ¿Acaso el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida no constituye un derecho de fon-

do? Como la respuesta positiva se impone, más allá de que el aspecto instrumental sea competencia local, la reglamentación señala simplemente que “*Las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes*”. De este modo, la reglamentación coloca en su justo lugar al rol que les cabe a las autoridades sanitarias locales, las que están obligadas por la ley nacional y su decreto reglamentario a cumplir con la cobertura prestacional en los términos legalmente asumidos.

## III. Algunas ausencias conscientes

## III.1. Un debate aún inconcluso: la gestación por sustitución.

Tanto la ley como la reglamentación siguen lo prescripto por la Organización Mundial de la Salud en cuanto a la “*cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida*”, por lo tanto, he aquí una exclusión consciente, ya que la definición de dicho organismo menciona de manera expresa al “*útero subrogado*” (10), lo que no hace ni la ley ni, por ende, su reglamentación. (11) En este sentido, el debate sobre la gestación por sustitución sigue abierto al comprometer una cuestión más compleja como el vínculo filial, más específicamente, la puesta en crisis del aforismo “*mater certa est*”.

En este punto, nos interesa destacar que, no obstante sostener y reafirmar en esta oportunidad que la gestación por sustitución debe ser regulada en los términos que se propone en el proyecto de reforma del Código Civil (12), entendemos que es peligroso hacer decir a una ley lo que su texto no dice. Es más, no sólo no lo dice, sino que además, como se ha puesto de resalto, si la fuente de la ley 26.862 ha sido la definición que receta de la OMS, aquí habría una decisión consciente de excluir el “*útero subrogado*”.

No hay duda alguna que la gestación por sustitución es un tema complejo y que invo-

lucra, de manera clara y precisa, una cuestión de fondo que hace al vínculo filial. Es en la legislación de fondo —como se propone en el reiterado proyecto de reforma— en el que se debe determinar los requisitos, condiciones, procedimientos a los fines de brindar seguridad jurídica en algo tan básico como lo es la filiación de una persona. ¿Acaso cuál es el impacto en la construcción de vínculos en un contexto de total inseguridad, miedos y prejuicios?

Por otra parte, si se sostuviera que la ley 26.862 de manera “*implícita*” cubre los procedimientos de gestación por sustitución: ¿la gestante se encontraría cubierta? ¿En qué términos o bajo qué condiciones, cuáles serían los “*rubros*” que debería solventar el sistema de salud? Incluso, ¿podría sostenerse que las obras sociales y prepagas pudieran agregar a su cartilla mujeres que brinden ese tipo de servicio? Tanto el silencio legislativo como las interpretaciones “*implícitas*” fundadas de manera general en los derechos humanos al estilo “*todo vale*”, en temas tan complejos donde los intereses y derechos involucrados son varios y de diverso tenor —incluso pueden ser contradictorios entre la gestante y los comitentes— no hacen más que perpetuar la conculcación de derechos.

Así, el debate sobre la gestación por sustitución sigue abierto, no es ni debe ser abordada por una ley de cobertura médica, sino por la legislación de fondo.

## III.2. Diagnóstico genético preimplantacional

Tal como sucede con la gestación por sustitución, ni la ley 26.862 ni su reglamentación mencionan el diagnóstico preimplantacional, conocido por sus siglas DGP.

Sucede que las TRHA ya no sólo se utilizan con fines reproductivos, sino también con fines diagnósticos o curativos. Así, un creciente número de parejas fértiles con un historial familiar de serias enfermedades genéticas tales como fibrosis quística, hemofilia, etc. está comenzando a optar por recurrir al DGP para asegurarse de que ninguno de sus hijos heredará tales enfermedades.

El DGP es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación *in vitro* y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer. Su objetivo es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología. (13)

Ahora bien, además de estos fines, en la última década también se está comenzando a utilizar el DGP para seleccionar un embrión compatible con un niño ya nacido enfermo, a los efectos de un trasplante (en adelante DGP “*extensivo*”).

El DGP “*extensivo*” es una nueva técnica (14) que permite la selección de embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, ya sea éste su único objetivo clínico o en combinación con el diagnóstico genético preimplantacional para evitar una condición genética grave en el niño resultante. (15)

La mayoría de los comités que han abordado el tema coinciden en que el DGP extensivo se debe permitir, aunque muchos entienden que debe limitarse a los casos en que los embriones también corren el riesgo de sufrir la enfermedad genética que afecta al hermano vivo. (16)

El DGP, en sus dos modalidades, crea una multiplicidad de cuestionamientos, todos de una enorme complejidad. Estos cuestionamientos son tan profundos que parten la pregunta más básica, como es si debe permitirse o no el DGP. En este sentido, cabe tener en cuenta, como punto de partida, que la mayoría de los países que han regulado las TRA, han legislado y permiten el DGP, siendo ésta una tendencia en aumento. (17) Incluso ha sido autorizado por el TEDH en un resonado caso contra Italia. (18)

En nuestro país, no obstante la falta de legislación, el DGP (extensivo) ha sido autorizado por los tribunales en diferentes oportunidades. (19)

Ahora bien, en caso de admitirse el DGP, cabe cuestionarse ¿para qué casos; ante

## # NOTAS

(9) El destacado nos pertenece.

(10) Conf. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/es/index.html](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/index.html), compulsado el 23/07/2013.

(11) En contra de esta postura ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Fecundación asistida: una norma igualitaria” en Diario Clarín, 23/07/2013 en [http://www.clarin.com/opinion/Fecundacion-asistida-norma-igualitaria\\_0\\_961103929.html](http://www.clarin.com/opinion/Fecundacion-asistida-norma-igualitaria_0_961103929.html)

(12) Para profundizar sobre este tema ver entre tantos otros: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución”, en LA LEY 10/09/2012, LA LEY, 2012-E, 960; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución”, en Micorujuris 19/09/2012, cita online MJ-DOC-5971-AR | MJ597; y de manera más reciente, del primer trío autoral KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LA LEY, 11/07/2013, p. 3 y ss.

(13) También recurren al DGP aquellas parejas con problemas reproductivos, (DGP de *Screening* de Aneuploidías (DGSA). Este tipo de diagnóstico pretende detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad.

(14) El primer caso reportado de DGP extensivo fue en el año 2000 en los Estados Unidos, cuando el DGP

se utilizó para evitar el nacimiento de un bebé con una enfermedad hereditaria llamada *anemia de Fanconi*. Durante la selección de embriones se hizo una segunda prueba para identificar el tipo de tejido del embrión con el fin de asegurar que el niño que naciera resultara libre de la condición genética de que se trate, pero a su vez, cuya sangre del cordón umbilical pueda ser utilizada en una donación de tejido para un hermano vivo con la misma condición.

(15) En muchos casos, la enfermedad del niño es hereditaria, lo que significa que puede ser transmitida de generación en generación. En estos casos, los padres pueden usar el DGP extensivo para asegurarse de tener un hijo que no sólo será un donante de tejido para el hermano mayor, sino que además nacerá libre de la enfermedad. En otros casos la enfermedad puede ocurrir cuando no hay antecedentes genéticos en la familia. Un ejemplo de esto es la *anemia Diamond Blackfan*. En estos casos, se puede seleccionar el embrión compatible sin el paso adicional del DGP.

(16) El Comité de Ética Médica de la *British Medical Association* considera que no hay diferencia moral significativa entre simplemente seleccionar embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo y el diagnóstico genético preimplantacional para evitar también una condición genética grave en el niño resultante. Considera que ambos deben estar disponibles atento a que el riesgo para el niño resultante asociado con la biopsia embrionaria no es tal como para justificar una política que distinga los dos casos. Sin embargo, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, el Comité Nacional de Ética francés de Ciencias de la Vida y la Salud y la Au-

toridad de tratamiento de la infertilidad en Victoria, Australia, consideran inaceptable seleccionar un embrión sólo con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, en virtud de los riesgos o efectos de la biopsia embrionaria, aun inciertos en determinados aspectos.

(17) Entre otros, el DGP está regulado en: Francia en el art. 2141-2 y 2131-4 del Código de la salud, modificados por ley n° 2011-814 del 7/7/2011; España en el art. 12 de la LTRA; Portugal en el art. 28 de La ley Núm. 32/2006, de 26 de Julio; Brasil en la Resolución brasileña N° 1957, del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM). También permiten el DGP: Dinamarca, Noruega (limitado a enfermedades hereditarias graves sin posibilidad de tratamiento), Suecia (limitado al diagnóstico de enfermedades graves y progresivas que conduzcan a una muerte prematura y para las cuales no haya tratamiento ni curación en el momento del diagnóstico), Reino Unido y, de manera más reciente, también Alemania. Asimismo, se habilita en Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania. Por lo tanto, fácil se advierte como se trata de un tema instalado en una gran cantidad de países.

(18) Nos referimos al caso *Costa y Pavan vs. Italia*, (No. 54270/10), cuya sentencia data del 11/02/2013. Se trata de una pareja casada que padece de una enfermedad llamada *mucoviscitosis* (fibrosis quística) de la que ellos son portadores sanos. Tienen una hija, nacida por métodos naturales afectada con esa enfermedad. Ellos conocieron que eran portadores cuando na-

ción esa hija. Por lo tanto, quisieron tener un segundo hijo, que no esté afectado, y recurrieron a las TRHA. Sucede que la ley 40 prohíbe el diagnóstico genético preimplantario y reserva las TRHA para las parejas estériles o infértiles. Agotada la instancia interna acuden al TEDH que resuelve que la prohibición del DGP importa una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que si bien Italia prohíbe el DGP al mismo tiempo autoriza el aborto frente a las graves anomalías. Ante esto el tribunal afirma que “no puede dejar de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico”. En consecuencia, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad.

(19) Véase los fallos del Juzgado en lo contencioso administrativo n° 1 de La Plata, 2010/19/08, *C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A. s/amparo*, elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, *L. A. y otra c. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra*, elDial.com - AA4F36; - Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, *M.G.G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/amparo*, elDial.com - AA715A.

qué tipo de enfermedades? Las legislaciones extranjeras coinciden, con matices, en que debe tratarse de enfermedades genéticas y graves (para la ley francesa debe ser una enfermedad genética de especial gravedad reconocida como incurable al momento del diagnóstico; para la citada ley española 14/2006 de reproducción médicamente asistida, debe tratarse de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales (20); según la resolución brasileña debe tratarse de enfermedades genéticas o hereditarias; para el Reino Unido, la enfermedad genética debe ser suficientemente seria y debe estar comprendida en una lista previamente elaborada por las HFEA. (21)

Pero además, ¿el DGP debe permitirse sólo para evitar la transmisión de enfermedades o también para procurar el nacimiento de un hermano compatible con el hermano enfermo? ¿Importa esta técnica una “cosificación” de la persona que nacerá para “salvar” a su hermano? Cabe tener en cuenta que las motivaciones de una pareja para desear tener un hijo pueden ser, y de hecho son, muy diversas. Además de las parejas que tienen hijos reflexivamente sin ninguna motivación utilitarista, existen situaciones de todo tipo. Hay personas que se plantean tener un segundo hijo porque piensan que un hijo único tiene más probabilidad de resultar malcriado, o porque, en cualquier caso, es bueno para el primer hijo tener la compañía de un hermano. Otras lo hacen, porque consideran que un hijo es un buen medio para superar los problemas que arrastran en su relación conyugal. Otras buscan tener quien los cuide en la vejez. Otras muchas, en fin, tienen hijos, porque creen que es una especie de ley de vida tenerlos y no se plantean mayores reflexiones al respecto. El problema no son las motivaciones iniciales, por discutibles que éstas puedan ser. La verdadera cuestión es que esos hijos, una vez que nacen, sean realmente valorados y queridos por sí mismos, y eso ocurre en la gran mayoría de los casos independientemente de las motivaciones de partida. (22)

La HFEA ha estudiado cuidadosamente las cuestiones relacionadas con el riesgo potencial para el bienestar psicológico de los niños nacidos como consecuencia de un DGP extensivo. Concluye, en primer lugar, que no hay evidencia de que el haber sido concebido de esta manera sea necesariamente perjudicial para el bienestar psicológico del niño y, en segundo lugar, que, en ausencia de información empírica relevante, la consideración de estos problemas, si bien importantes, es meramente especulativa y no debe prohibir el uso de la técnica. (23)

Ahora bien, en caso de aceptarse el DGP extensivo cabría hacerse varios interrogantes como ser: ¿En qué casos debe permitirse? ¿Sólo cuando implique extraer células

del cordón umbilical o procedimientos menores, o incluso también cuando esto importe someter al niño que nazca a continuas operaciones o procedimientos de mayor riesgo? (24) El Reino Unido tiene una de las legislaciones más permisivas en esta materia; no obstante, conforme al Código de buenas prácticas de la HFEA, (25) el procedimiento sólo sería aceptable si se autorizan caso por caso y se cumplen ciertas condiciones. Conforme este Código, los centros deberán considerar las condiciones del niño afectado, incluyendo: a) el grado de sufrimiento del niño afectado; b) la rapidez de la degeneración en los desórdenes progresivos; c) el alcance de cualquier deterioro intelectual; d) la prognosis del niño afectado con relación a todos los tratamientos disponibles; e) la disponibilidad de otras fuentes de tejidos de trasplante; f) la disponibilidad de tratamientos eficaces para ellos, ahora y en el futuro. Además, los centros deberán considerar las posibles consecuencias para el niño que pueda nacer como resultado de esta práctica, incluyendo: a) los riesgos asociados a la biopsia; b) las probables implicancias emocionales y psicológicas de largo plazo para el niño; c) si el niño afectado requerirá de su hermano cirugía intrusiva y si esta cirugía en su caso deberá ser repetida o no; d) cualquier complicación o predisposición relacionada con esta práctica.

Por último, cabe preguntarse sobre un entrecruzamiento temático hartamente complejo: los embriones sobrantes y su tratamiento según si éstos son sanos o enfermos. Así, uno de los aspectos más controvertidos del DGP surge en relación con los embriones *in vitro* descartados después de la selección. En los casos de DGP “normal”, los embriones desechados (26) son aquellos que no son aptos para la reproducción por ser portadores de la enfermedad hereditaria que se desea evitar, mientras que en el DGP “extensivo” serían descartados no solamente los portadores de la enfermedad, sino también aquellos otros que no sean compatibles para el trasplante que se pretende realizar con posterioridad. (27) Como bien explica Soutullo, aunque no sea posible alcanzar un consenso sobre la categoría moral del embrión hay ciertas circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de establecer unos criterios de actuación en esta materia. No puede haber dudas acerca de que los niños afectados de graves enfermedades debilitantes son personas que sufren como consecuencia de su enfermedad y que deberían ser asistidos por todos los medios disponibles a fin de curar sus dolencias o, cuando menos, paliar su sufrimiento cuanto sea posible. Tampoco deberían existir dudas de que, más allá de las consideraciones metafísicas acerca del valor ontológico de los embriones *in vitro*, éstos ni sufren ni pueden sufrir, por la sencilla razón de que apenas han iniciado la diferenciación celular que da lugar a los distintos tejidos y, en última instancia, al desarrollo del sistema nervioso. No son por tanto, en ningún sentido válido de la palabra, seres sensibles. Consecuentemente, coinci-

dimos con Soutullo, quien afirma que resulta un sinsentido moral dar prioridad a la protección de los embriones descartados procedentes de un diagnóstico preimplantacional, amparándose en criterios morales basados en una metafísica particular, frente a la necesidad de ayuda médica a niños enfermos que podrían beneficiarse de tratamientos curativos merced al trasplante celular que la selección embrionaria puede permitir. (28)

Por otra parte, cabe agregar que como consecuencia del principio bioético de justicia, si se permitiese el DGP, se debería garantizar su acceso a todas las personas, de lo contrario, en un futuro habrá enfermedades que sólo las padecerían aquellos que carecen de recursos para acudir a esta técnica. En otras palabras, debería también extenderse la ley de cobertura médica a este tipo de procedimientos, apertura que la propia ley 26.862 y su reglamentación dejan asentado.

Como se puede advertir, todos los cuestionamientos derivados del DGP demandan una respuesta normativa que sólo puede brindarse luego de un análisis bioético previo y profundo que excede con creces los objetivos de una ley de cobertura prestacional. Sin lugar a dudas, este tipo de debates necesarios deben ser asumidos en la “ley especial” a la cual se alude en varios pasajes del proyecto de reforma del Código Civil, ya que además de esta esencial normativa que se dedique a la cuestión filial, constituye un imperativo para el Congreso de la Nación contar con una ley especial que regule de manera integral y sistémica las TRHA, siempre en total consonancia con los derechos humanos involucrados, en la misma línea que se explicita en los fundamentos del proyecto de reforma, la ley 26.862 y en los considerandos de la reglamentación en estudio.

Por lo pronto, cabe destacar que el proyecto de Código Civil expresamente lo admite, al establecer en su artículo 57, referido a las Prácticas prohibidas que “*Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas*”.

### III.3. Sobre los embriones sobrantes

Como ya se adelantó, uno de los cuestionamientos más importantes que generan las TRHA extracorpóreas o en la palabras de la reglamentación, las “*técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino*”, es acerca del destino de los embriones sobrantes, es decir, aquellos que no se utilizan en los tratamientos de reproducción asistida por la propia pareja y consecuentemente se crioconservan.

Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al

semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

- Su utilización por los titulares.
- La donación con fines reproductivos.
- La donación con fines de investigación.
- El cese de su conservación sin otra utilización.

De manera general, cabe afirmar que la utilización de los embriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, debe contar con el consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. A su vez, como ya se dijo, el consentimiento para dar a los embriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su utilización.

En lo que respecta a la investigación con embriones, esta favorece la investigación científica, (29) entendida como aquella que se realiza con una metodología coherente y en busca de fines racionales, orientados a la mejora de la calidad de vida del ser humano.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten la investigación con los embriones sobrantes. (30)

Como se puede concluir fácilmente y de manera bien sintética ya que un abordaje serio y profundo sobre este tema excedería con creces los objetivos de este ensayo, las decisiones de política legislativa en torno a los embriones sobrantes son varias.

En este contexto, y al igual que acontece con la gestación por sustitución y el DGP, ni la ley 26.862 ni su reglamentación ahondan sobre este tema hartamente sensible por las razones ya expuestas sobre el necesario debate bioético que aún está pendiente en la sociedad y su impacto directo en el Congreso de la Nación.

Hasta ahora la cuestión de los embriones sobrantes es un gran vacío legal que no ha interrumpido el desarrollo de las TRHA. Con el silencio legislativo que se observa en la ley 26.862 y en su reglamentación sólo se retrasa su debate. En otras palabras, la práctica seguirá igual que como hasta ahora. ¿Qué sucede hoy? Depende de las reglas y principios éticos que siga cada establecimiento de salud y la decisión personal de cada usuario. Por lo general, las personas deciden su crioconservación abonando un monto en dinero por año. ¿Qué sucede si se suspende el pago? Así es como hoy en día los bancos y algunos centros que también prestan este servicio tienen cada vez más embriones y material genético que se incrementa año a año. ¿Pue-

CONTINÚA EN LA PÁGINA 6

## { NOTAS }

(20) En abril de 2010, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida de España incluyó en la lista de patologías a la predisposición a desarrollar un tumor. Autorizó que se realice el DGP a los fines de que un niño nazca libre de la mutación en el gen BCRA 1 para el cáncer de mama y ovarios. Ya no se trata de esquivar un gen que va a causar al 100% de seguridad una enfermedad, sino una alta probabilidad de desarrollarla.

(21) *Human Fertilisation and Embryology Authority* en <http://www.hfea.gov.uk/>

(22) SOUTULLO, Daniel. “Selección de embriones y principios de la bioética”. Pensamiento crítico. Disponible en: <http://www.pensamientocritico.org/dansou1104.htm>. Compulsado el 24/07/2013.

(23) *Human Fertilisation And Embryology Authority Report: Preimplantation Tissue Typing*. Disponible en: [http://www.hfea.gov.uk/docs/PolicyReview\\_PreimplantationTissueReport.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/PolicyReview_PreimplantationTissueReport.pdf). Compulsado el 09/01/2012.

(24) El art. 12 de la LTRA española establece que la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional “(...) cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso”.

(25) Disponible en: [http://www.hfea.gov.uk/docs/8th\\_Code\\_of\\_Practice.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/8th_Code_of_Practice.pdf). Compulsado el 09/01/2012.

(26) También podrían ser donados para investigación, pero por estar “enfermos” no podrán ser donados con fines reproductivos a otras parejas ni ser crioconservados para una posterior implantación.

(27) En este último caso, es decir, cuando se trata de embriones sanos pero no compatibles, éstos podrán ser

donados con fines reproductivos a otras parejas o ser crioconservados para una posterior implantación.

(28) SOUTULLO, Daniel. “Selección de embriones y principios...”, op. cit..

(29) Las nuevas posibilidades científico técnicas permiten que el período embrionario sea no sólo un paso hacia la reproducción, sino también fuente de vida para los ya vivientes, puesto que las células totipotentes de la masa celular interna del embrión en fase de blastocisto posibilitarán la regeneración de tejidos, lo que hace patente la importancia del uso, investigación y experimentación con embriones.

(30) El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina en su art. 18 relativo a la experimentación con embriones *in vitro* establece: “1. Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con

fines de experimentación”. Veamos, España lo prevé en su art. 11 y art. 15 de la LTRHA; Portugal en su art. 25 de la ley 32/2006, del 26 de julio al disponer que a los embriones que no tienen la posibilidad de participar en un proyecto parental se aplicará lo dispuesto en el artículo 9º, que regula la investigación con embriones; Francia establece que la investigación puede ser llevada a cabo sólo a partir de embriones creados *in vitro* en el contexto de la procreación con asistencia médica y que ya no están sujetos a un proyecto parental, conforme el *article L2151-5 del Code de la Santé Publique, modifié par loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011* - art. 41; Grecia lo hace en el art. 1459 de la Ley 3089/2002; y en Reino Unido la HFEA permite la investigación con embriones, siendo actualmente una de las pocas leyes que permiten además expresamente la creación de embriones con fines de investigación; Bélgica en la ley sobre investigación con embriones *in vitro* de 2003, expresamente permite la investigación con embriones, aunque sujeto, como en los demás países,

## VIENE DE LA PÁGINA 5

de una persona o pareja solicitar que se le haga entrega de su material genético y/o embriones? Según la práctica, la respuesta positiva se impone, previa firma de un consentimiento que da cuenta de este retiro por parte de los principales interesados. ¿Qué valor tiene ese documento? ¿Qué sucedería si alguien se negara a firmar? Como se puede observar, los interrogantes inconclusos son varios, lo cual visibiliza la ardua tarea que debería llevar adelante la reiterada ley especial.

Como cierre, es dable traer a colación lo dispuesto al respecto por el Código de Ética elaborado por el SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) cuyo art. 5º se refiere a la “Criopreservación de gametos y embriones” y expresa: “5.5. *Quien decida crio-*

*preservar gametos o embriones debe, al momento de firmar el consentimiento inicial, dejar establecida su voluntad sobre los posibles destinos de los gametos o embriones en caso de no utilizarlos para sí mismo o si el centro pierde contacto con él/ella. 5.6. El centro debe asegurar la identidad y seguridad de los gametos y embriones criopreservados. 5.7. El centro debe explicar las opciones para la utilización y el descarte de los gametos y embriones”.* (31)

## IV. Cerrando una etapa

Si sancionar una ley de cobertura médica en un contexto normativo donde aún prima el silencio legal mas no jurisprudencial —dispar y contradictorio— en medio de fuertes aires reformistas no era tarea sencilla; reglamentarla en un marco de amplitud sin quitarle tal espíritu y, a la vez, concretar los derechos reconocidos constituía una actividad legislativa más desafiante aún.

Más allá de algunas consideraciones críticas de mayor y menor envergadura, lo cierto es que es la ecuación final es positiva, siendo que la reglamentación habría cumplido de manera airosa su cometido.

Ahora sí ha llegado el temido tiempo de la verdad, en el que las prácticas interpelen a la ley. En otras palabras, en que se pueda ver, mostrar y profundizar acerca de cuán extensa o estrecha es la brecha entre Derecho y Realidad cuando de acceso, cobertura y familias —siempre en plural— se trata.

¿Habrá concluido una etapa de las TRHA en lo que a cobertura se refiere? Este es el nuevo interrogante que se inaugura tras el dictado del decreto 956/2013. ●

Cita on line: AR/DOC/2899/2013

## CONTEXTOS DEL FALLO

**Medina, Graciela - González Magaña, Ignacio**, “La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires”. LA LEY, 2013-C, 1192- DFyP, 2013 (julio), p. 139.  
**Herrera, Marisa**, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”. LA LEY, 2013-C, 1281.  
**Garay, Oscar Ernesto**, “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”. DIARIO-LA-LEY, 2013/07/01, p. 1.  
**Majdalani, Silvia C.**, “Ley de Fertilización Asistida. Por la igualdad de oportunidades”. Sup. Act., 2012/10/18, p. 1.  
**Ramírez, Luis E.**, “La ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires, sobre fertilización asistida y las Obras Sociales Sindicales”. DT, 2011 (marzo), p. 647.

## NOTAS

a una serie de condiciones (art. 3º). Asimismo, también se permite la creación de embriones con estos fines (Art. 4º § 1.) y se prevén los requisitos y condiciones a verificarse

(Art. 7º § 1.). Por su parte, la investigación con embriones también está permitida en Bulgaria (*HEALTH LAW. Effective 1 January 2005, amended SG No. 13/8 February 2008*), Di-

namarca (*Law no 535. Chapter 7 §25 and § 28*) y en Suecia (*The Genetic Integrity Act (SFS2006:351) and the Biobanks in Medical Care Act (SFS 2002:297*), entre otros.

(31) Compulsar [http://www.samer.org.ar/docs/codigo\\_de\\_etica\\_de\\_reproduccion.pdf](http://www.samer.org.ar/docs/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf) compulsado el 24/07/2013.

## JURISPRUDENCIA

## Uso de documento falso

**Presentación de una tarjeta migratoria falsa ante la Dirección Nacional de Migraciones. Delito previsto en el art. 296 del Cód. Penal. Sobreseimiento. Inexistencia de dolo.**

Véase en esta página, Nota a Fallo

**Hechos:** *Un ciudadano extranjero presentó ante la Dirección Nacional de Migraciones una tarjeta migratoria apócrifa con el objeto de tramitar un Documento Nacional de*

*Identidad. La sentencia lo sobreseyó por el delito previsto en el art. 296 del Cód. Penal. La Cámara la confirmó.*

1.- Quien presentó ante la Dirección Nacional de Migraciones una tarjeta migratoria falsa, a los efectos de tramitar un DNI, debe ser sobreseyido por el delito previsto en el art. 296 del Cód. Penal, pues no se verifica el dolo requerido por dicha figura, pues quedó acreditado que aquél obró de buena fe, en el convencimiento de que estaba realizando los trámites con todas las formalidades y legalidades del caso. [1]

2.- Debe recabarse información acerca del personal de la empresa de transporte que habría entregado al imputado una tarjeta migratoria falsa y, eventualmente, recibirle declaración a los efectos de comprender los sucesos que son materia de investigación, ello a los fines de comprobar si a otros pasajeros les fue entregada documentación apócrifa.

117.187 — CNFed. Crim. y Correc., sala I, 2013/02/27. - C. C., J. P. s./sobreseimiento.

Cita on line: AR/JUR/1008/2013

## MAS INFORMACION

**Jurisprudencia vinculada:** [1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, “Liu Zhan”, 23/12/2008, La Ley Online, AR/JUR/22491/2008.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, o en [laleyonline.com.ar](http://laleyonline.com.ar)]

## NOTA A FALLO

## El dolo y su prueba en el proceso penal

**SUMARIO:** I. El hecho.- II. La solución adoptada.- III. El dolo y su prueba en el proceso penal.- IV. El principio de inocencia.- V. El *in dubio pro reo*.- VI. Conclusiones definitivas en nuestro caso.

## Mariano Cúneo Libarona

## I. El hecho

El señor J. P. C. C. tenía en su poder un documento migratorio (tarjeta de ingreso al país) que era falsa. Cuando lo advirtió, lo informó espontáneamente a los funcionarios preventores intervinientes, lo cual originó una investigación en su contra en orden al delito de uso de documento adulterado (artículo 296 del Código Penal).

## II. La solución adoptada

1. La juez de instrucción, Dra. María R. Servini de Cubría, consideró que C. C. no obró de mala fe y no se encontraba probado el elemento subjetivo del tipo penal (punto II del fallo). En consecuencia, dictó su sobreseimiento (artículos 334 y 336 inciso 4 del Código Procesal Penal de la Nación).

2. En desacuerdo, apeló el fiscal Dr. Carlos Stornelli, quien estimó que obró a sabiendas

de la falsedad de la tarjeta migratoria presentada (punto III del pronunciamiento).

3. La Cámara Federal Penal (sala I) confirmó el fallo recurrido, con base en las pruebas colectadas en el proceso y apoyada en los lineamientos sostenidos en otro caso similar. Entendió que el imputado procedió “de buena fe, en el convencimiento de que estaba realizando los trámites con todas las formalidades y legalidades del caso” (punto IV del veredicto).

## III. El dolo y su prueba en el proceso penal

El proceso penal es el reino de las pruebas y entre las cuestiones que necesariamente se deben probar está el dolo. Tal vez la más difícil, porque se ingresa al aspecto subjetivo del tipo, en los elementos interiores, en la mente del autor, en su conocimiento y en su voluntad. Existe una línea muy delgada entre los límites de las distintas especies de dolo o en-

tre el dolo eventual (1) y la imprudencia consciente; sus consecuencias resultan relevantes para resolver el caso. (2)

Brevemente, y sin ingresar a las discusiones que se presentan en nuestros días (3), según la doctrina mayoritaria dolo es saber y querer (conocimiento y voluntad) todas las circunstancias del tipo legal (4), es decir, que obra con dolo quien al actuar ha exteriorizado su voluntad guiada por el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo que ese sujeto ha aprehendido. (5)

El tipo penal de los delitos dolosos contiene básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado, importando una coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor (6) (en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace, conoce los elementos del tipo objetivo y quiere la realización del resultado). (7)

En fin, podemos afirmar que obra con dolo quien conoce los elementos del tipo objetivo

y sabe lo que hace, que su conducta concreta tiene plena capacidad de realizar el tipo penal (8), que conoce la acción que realiza y sus consecuencias, que conoce el peligro concreto que genera su acción y quiere la realización del resultado lesivo.

Es indudable que el dolo debe probarse, no puede presumirse. Sólo su presencia efectiva y acreditada habilita el poder punitivo del Estado (9), pero los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente sino a través de los elementos externos que objetivan un contenido psíquico del comportamiento, lo cual, como dijimos, no es tarea sencilla de verificar. Por ejemplo, ¿cuándo un autor dirige su acción a producir la muerte o lesionar a la víctima? Todo depende de la prueba que surja de elementos externos, perceptibles, que acompañan la realización del hecho (expuesto en un ejemplo: habrá homicidio si el autor es un avezado tirador y dirigió el disparo a una zona vital del cuerpo de la víctima). (10)

Existen ciertas reglas jurídicas que se deben considerar, por ejemplo: debe analizarse la acción final del agente, es decir, su capacidad para dirigir los cursos causales hacia un fin específico (recordemos que la finalidad de la acción humana es para el sistema finalista el núcleo del injusto penal); por ello, un homicidio no lo comete quien causa la muerte de otra persona, sino quien dirige su acción hacia la producción de ese resultado. El aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. (11) El dolo debe darse en el momen-

to de comisión del hecho y perdurar durante la ejecución del delito; requiere un conocimiento actual (presente), por lo que no interesan las representaciones que acerca de los hechos se haya planteado el autor antes del hecho, pero que en el momento de ocurrir ya no estaban en su mente (dolo *antecedents*) o recién después de realizado el acto (dolo *subsequens*); el conocimiento debe ser efectivo, es decir, que siempre debe referirse a contenidos efectivos de la conciencia, excluyéndose el conocimiento potencial y el inconsciente (12); el conocimiento de los elementos descriptivos del tipo penal re-

quiere que éstos hayan sido percibidos por los sentidos del autor, en cambio, los elementos normativos exigen comprensión de su significado; el dolo se excluye por un error que impida al autor conocer algún elemento del tipo objetivo o el peligro concreto de realización del resultado. (13)

Existen ciertas reglas probatorias que se deben examinar (14), como ser, en especial, las transmisiones previas de conocimiento y la exteriorización del propio conocimiento (15); las características personales del sujeto

(como fuente de atribución de conocimiento) y sus antecedentes; sus conocimientos generales y especiales (16); el conocimiento de la situación (17) y de la idoneidad de la conducta lesiva (riesgo) para producir el resultado; su forma de vida; la determinación de un móvil o deseos (que se aclara que no se identifican con el dolo) (18); su proceder en el hecho, es decir, la actitud del autor en el momento del acontecimiento; las distintas circunstancias objetivas-exteriores y subjetivas que rodearon el hecho; la peligrosidad de la acción realizada; el mecanismo productor de la lesión; la poten-

cia del impacto; el instrumento empleado y el lugar elegido para el golpe (19); su comportamiento frente a la autoridad; su sentimiento y actuación posterior al suceso (por ejemplo, sufrimiento o indiferencia o, en algún caso, si realizó intentos de salvataje o reanimación); el rol que ocupa en una sociedad comercial, su intervención en su administración y en el manejo de la contabilidad y tributación, y el impacto económico de los hechos (20); su estado de conciencia (21), etcétera. (22)

CONTINÚA EN LA PÁGINA 8

## NOTAS

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Durante años el dolo (y con ello el dolo eventual) ha sido considerado sobre la base de elementos puramente descriptivos (en el finalismo se debe a datos estructurales del ser previos e indisponibles), pero en nuestros días las características del dolo eventual se presentan como datos psíquicos, aunque se entiende que se recurre a una representación de posibilidad o probabilidad del autor, a una aprobación del posible resultado, a un tomar en serio esta posibilidad, a un conforme con ello o a una decisión a favor de una posible violación a un bien jurídico.

(2) Por ello, en alguna ocasión hemos propuesto romper y cambiar la clasificación tradicional y dividir el aspecto subjetivo de la siguiente forma: 1) dolo directo o de propósito e indirecto o de consecuencias necesarias; 2) dolo eventual y culpa consciente, y 3) culpa inconsciente que, por muchas razones, podría considerarse no punible y ajena al Derecho Penal. Concretamente, sobre la legitimidad de la culpa inconsciente (negligencia o ligereza o falta de atención contraria al deber), ya en el siglo XX, autores como Arthur BAUMGARTEN (“Die Verbrechensformel”, en “Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht”, Bd. 34, 1921, pp. 66 y 68; “Der Aufbau der Verbrechenslehre”, 1913, pp. 116/20 y ss.), Oscar Adolf GERMANN (“Das Verbrechen im neuen Strafrecht”, 1942, p. 88 y ss.) y Eduard KÖHLRAUSCH (“Die Schuld”, en Aschrott/Litszt -Hrsg.-, “Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches”, Berlín, 1910, pp. 194 y 208) consideraron que la “imprudencia inconsciente no podría representar una acción culpable”, que la imprudencia es sólo un “cuasidelito”, que no puede tener como consecuencia una pena pura, sino sólo una aparente “lección” educativa y que en caso de no tener sentido una educación para la observancia, el autor debe ser absuelto. Eduard Köhlrausch directamente niega el carácter delictivo de la culpa inconsciente, por cuanto, a su entender, no existe representación del resultado y es imposible encontrar una relación de voluntad con el hecho. En consecuencia, propone su exclusión del Derecho Penal por falta de culpabilidad. Por lo demás, John Lekschas, el más importante penalista germano-oriental, ya en 1958 pregonó restringir la punición de la imprudencia y limitarla sólo a aquellos casos en que “el autor infringe dolosamente determinados deberes jurídicos” (véanse sus trabajos “Über die Strafwürdigkeit des Fahrlässigkeitsverbrechens”, es decir “Sobre el castigo de los delitos de imprudencia”, 1958, p. 20 y ss.; junto a Wolfgang LOOSE y a Joachim RENNEBERG en “Verantwortung und Schuld im neuen Strafgesetzbuch”, 1964, p. 119 y en su “Zu einigen Fragtäten der Neuregelung der Schuld”, en la revista *Neue Justiz*, 1960, p. 505, entre otros), lo cual importó distintos cambios legislativos en el Código Penal de la entonces República Democrática de Alemania que, finalmente, adoptó un criterio sancionatorio sobre la base de la existencia de “una indiferencia irresponsable” o que “mediante una conducta indisciplinada se haya acostumbrado al comportamiento contrario al deber”. Por otro lado, en la República Federal Alemana, Paul BOCKELMANN (“Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge”, 1967, p. 213), en especial, en 1976, Arthur KAUFMANN (“Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts”, 1949, p. 98 y ss., idem. “Das Schuldprinzip”, 2. Aufl., 1976, p. 162 y sigtes.; “Schuld und Prävention, Festschrift für Wassermann”, 1985, p. 895; “Unzellige mäße Gedanken zum Schuldgrundsatz im Strafrecht”, en la revista *Juristis de Ausbiloung*, 1986, p. 231 y sigtes.) y Michael Köhler (“Strafrecht”, p. 178, Allgemeiner Teil, 1997), fundados en que el reproche de la culpabilidad exige una relación positiva entre el autor y el resultado, propiciaron la inconstitucionalidad de la aplicación de una pena sin culpabilidad y, en consecuencia, la imposibilidad de castigar la imprudencia inconsciente. Desde esta perspectiva, Michael Köhler niega la punibilidad de la imprudencia inconsciente por cuanto con el concepto de imputación subjetiva

se trata de salvaguardar el derecho de la subjetividad. Entiende que el Derecho Penal, basado en la libertad, debe limitarse a aquella negación de la validez del derecho que radica en la consciente contradicción del sujeto constituido por las normas. De lo contrario, afirma, el Derecho Penal pierde su identidad y su propio nombre (respecto a su crítica -sobre la base del merecimiento de la pena-, la evolución y el desarrollo de la discusión, ampliamente, ver Günter JEROUSCHEK y Jena Arnd KOCH en “Sobre la punición de la imprudencia inconsciente” -traducción de Gustavo Eduardo Aboso, en la Revista de Derecho Penal, 2002-2, “Delitos Culposos II”, de Rubinzal-Culzoni- y las obras de Hans Heinrich Jescheck, Friederich Christian Schoeder y Maurach/Gössel). En otro orden, se formulan reparos sobre la imprudencia insignificante porque esta sólo presenta un escaso contenido de desvalor ético y representa un menoscabo menor del bien jurídico (sobre el tema, ampliamente, CÚNEO LIBARONA, Mariano, “Procedimiento Penal. Garantías constitucionales” en un “Estado de Derecho”, capítulo IV, p. 181, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).

(3) Hoy la dogmática moderna (Wolfgang Frisch) ha puesto en duda el elemento volitivo (voluntad) porque se sostiene que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien jurídico atacado.

(4) 1. Es conteste la doctrina más actualizada en considerar al dolo como “el conocimiento y la voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo”; en tal sentido STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal. Parte general”, 2ª ed., trad. Gladys Romero, p. 92, Edersa, Madrid, 1982; WELZEL, Hans, “Strafrecht”, 13, I, II; MAURACH, Reinhart, “Derecho Penal. Parte general”, 7ª edición, trad. Jorge Bonfill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, t. I, p. 393, Astrea, 1994; BACIGALUPO, Enrique, “Manual de Derecho Penal”, p. 103, Temis, Bogotá, 1996; ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte general”, t. I, p. 415, Ed. Civitas, Madrid, 1997; HARRÓ, Otto, “Grundkurs Strafrecht”, Allgemeiner Teil, 3ª ed., p. 80, der Gruyter, Berlín, 1980; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “Tipicidad e imputación objetiva”, p. 75, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998; entre otros. En la jurisprudencia, Tribunal Supremo Español en sentencias 29/4/92 -en el caso del “aceite de colza”, 11/2/93, 20/2/93, 28/1/94, 20/4/94, 27/1/97, 18/3/97, 683/2006, 20-06, etc. El dolo se relaciona sólo con los elementos del tipo. Para Bacigalupo, la realización del tipo objetivo es dolosa cuando el autor ha sabido de ella y la ha querido; por tanto, dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo. En tanto, Zaffaroni describe al dolo como la voluntad realizadora del tipo objetivo guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. Maurach y Zipf consideran al dolo como el querer dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo. Roxin explica el dolo como saber y querer las circunstancias del tipo objetivo. Concretamente, Welzel sostiene que hay dos momentos que en conjunto forman el dolo de tipo, que son un momento intelectual, dado por la conciencia de lo que se quiere, y un momento volitivo, que es la decisión de querer realizarlo; luego, define el dolo como la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. 2. En la dogmática actual se entiende que obra con dolo el autor que ha tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos (criterio de la teoría del riesgo postulada, entre otros, por Wolfgang Frisch en “Vor satz und Risiko”, 1983, p. 118 y ss.; Günther Jakobs en “Strafrecht”, AT, 1991, pp. 8/23 y en “Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”, 1995, Madrid, pp. 316 y 327 y sigtes., quien entiende que el dolo es conocimiento de la acción y de sus consecuencias, que el componente subjetivo del hecho está configurado por la imputabilidad y el conocimiento o cognoscibilidad de la realización del

tipo, del injusto y de la exigibilidad de la observancia de la norma. Omite toda consideración de la voluntad (cfr. su trabajo, “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”, p. 63, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004).

(5) Cfr., entre otros, ROBIGLIO, Carolina, “Aspecto subjetivo del tipo y prueba del dolo en los delitos tributarios”, p. 13, Ad-Hoc, Monografías, Buenos Aires, 2012 y el análisis que desarrolla.

(6) Por un lado, se cuenta con el elemento cognitivo, recordando que el punto de referencia del dolo es justamente el tipo objetivo (WELZEL, Hans, “Derecho Penal alemán. Parte general”, Ilma. ed., trad. Juan Bustos y Sergio Yañez, 4ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 1993; JESCHECK, Hans Heinrich, “Tratado de Derecho Penal. Parte general”, 4ª ed., trad. por José Luis Manzanares Samaniego, t. I, p. 399 y ss., Comares, Granada, 1993; MAURACH, Reinhart, “Derecho Penal. Parte general”, 7ª ed., trad. Jorge Bonfill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, t. I, p. 393, Astrea, 1994 y CERESO MIR, José, “Derecho Penal. Parte general”, p. 453, Ed. B de F, Montevideo, 2008), ya que en él se encuentran todos los elementos que debe conocer el autor para afirmar que actuó dolosamente. Por ello el querer requiere, en cierta medida, el saber. En otras palabras, nadie puede tener voluntad de realizar una acción si desconoce qué acción está realizando. Por otra parte, toda vez que el mero conocimiento de los elementos del tipo objetivo no alcanza para caracterizar al dolo, debemos constatar la existencia de la voluntad de realizar el tipo objetivo (elemento volitivo). Es sabido que la voluntad consiste en la decisión de realizar la acción descrita en el tipo; mediante la decisión, el dolo se diferencia de la pura ilusión, deseo y esperanza (JESCHECK, Hans, Heinrich, “Tratado de Derecho Penal. Parte general”, ob. cit., pp. 264/5).

(7) Precisamente de esta coincidencia entre lo que se ejecuta y lo que se sabe que se hace surge la forma más grave de la ilicitud: la del delito doloso frente a la menos gravosa: la del delito imprudente.

(8) Así, RAGUÉS I. VALLÈS, Ramón, sostiene que “concorre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar el tipo penal”. Cfr. su obra “El dolo y su prueba en el proceso penal”, p. 175 reiterado en p. 519, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

(9) Cfr., por ejemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro, “Manual de Derecho Penal”, p. 497 y 502, Buenos Aires, 2006.

(10) No ingresaré aquí en el análisis de las posturas psicológicas, normativas o de sentido social porque su examen supera los fines de este trabajo.

(11) En este sentido, por ejemplo, CFCEP, sala III, causa N° 5304, “De Haro, Sebastián Ezequiel”, reg. nro. 1051.05.3 del 24/11/2005, y 6654 “Rodríguez, Matías Damián”, reg. nro. 689/2006 del 26/6/2006, y sala II, causa N° 15.678, “Pantano, Sebastián Miguel”, reg. nro. 24/13 del 14/2/2013, votos de la juez Ángela Ester Ledesma.

(12) Sin perjuicio de que el dolo eventual, tan controvertido y difícil en su prueba, remite a juicios cognitivos desde que la admisión de determinada probabilidad de que se produzca el resultado, exige necesariamente la representación de una posible producción del resultado y factores volitivos tales como el contar aprobatoriamente con que se produzca el resultado, el tomar en serio el peligro, el conformarse con éste o la decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico. En nuestros días, se presentan distintas posturas que sostienen que actúa con dolo eventual quien se decide a favor de la posible lesión de un bien jurídico (Claus Roxin); quien establece un peligro calificado de que se produzca el resultado o sea un llamado “peligro de dolo” (Ingeborg Puppe) o quien se decide a favor del injusto penal (Joachim Rudolphi).

(13) Así especialmente BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal. Parte general”, 2ª ed., pp. 317 y 325, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

(14) Sobre los problemas que se presentan para la atribución del dolo, cfr. HRUSCHKA, Joachim, “Sobre la difícil prueba del dolo en Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación”, p. 145 y sigtes., Aranzadi, Navarra, 2005, y PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en García Vázquez, Carlos; Cuerda Riezu, Antonio Rafael; Martínez Escamilla, Margarita; Alcaer Guirao, Rafael y Mariscal De Gante, Margarita Valle (coords.), Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. II, p. 1453 y ss., Edisofer, Madrid, 2008; sobre la aplicación como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo según las concepciones psicológicas (de la ciencia empírica, la prueba de confesión y los indicios), normativas y de sentido social véase RAGUÉS I. VALLÈS, Ramón, “El dolo y su prueba en el proceso penal”, ob. cit., capítulo II, p. 205 en adelante y sobre la prueba en general, LAPORTA, Mario, “El dolo y su determinación en casación”, p. 96, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, y ROBIGLIO, Carolina, “Aspecto subjetivo del tipo y prueba del dolo en los delitos tributarios”, ob. cit., p. 79 con especial referencia a la prueba de indicios.

(15) Véase, por ejemplo, RAGUÉS I. VALLÈS, Ramón, “El dolo y su prueba en el proceso penal”, ob. cit., p. 403 y ss.

(16) Existen ciertas exigencias del tipo que necesariamente deben corroborarse para su configuración, por ejemplo, obrar “a sabiendas” (que robustece el componente cognoscitivo) o los elementos subjetivos distintos del dolo (acción realizada con determinada intención o propósito) como ser cuando el tipo exige “con el fin de...”, “con ánimo de...”, “con la intención de...”, “de mala fe”, “para...”, etc., aspectos psíquicos que deben verificarse en el ánimo del autor.

(17) En este ámbito se debe considerar si mediaron delegaciones de conocimientos o conductas neutras desde el punto de vista de su actitud lesiva.

(18) CFCEP, causa N° 11.527, “Veloso, Fabián H.”, reg. nro. 17.935 del 10/2/2010, voto del juez Luis García.

(19) CFCEP, sala II, causa N° 11.089, “Rodríguez, Javier H.”, reg. nro. 16.089 del 15/3/2010, voto del juez Guillermo J. Yacobucci.

(20) CPEC, sala B, causa N° 57.928, reg. nro. 265/09 del 31/3/2009 citado con otros fallos por ROBIGLIO, Carolina, Aspecto subjetivo del tipo y prueba del dolo en los delitos tributarios, ob. cit., p. 74 y añadimos CPEC, sala B, causas 769/03; 1125/04; 407/05 y 1026/05 con referencia a la actividad desarrollada por el imputado en el manejo contable de la empresa.

(21) Si se alega estado de inconsciencia se debe recordar que siempre debe probarse (FRÍAS CABALLERO, Jorge, “Imputabilidad penal”, p. 243, Ediar, Buenos Aires, 1981) y que no todo trastorno de la conciencia constituye un estado de inimputabilidad sino sólo la profunda, es decir, aquella que reviste tanta intensidad que “la estructura psíquica del afectado quede destruida” (Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, “Derecho Penal. Parte general”, t. I, p. 613, Astrea, Buenos Aires, 1994), que presentó entidad suficiente para anular la razón y conciencia, que impide la posibilidad de comprender y la voluntad en la realización del acto. No cualquier ingesta de alcohol o estupefacientes resulta suficiente para provocar *per se* en el individuo un estado de inimputabilidad en los términos del artículo 34, inciso 1 del Código Penal; mucho depende de la constitución, el hábito y el estado del sujeto (SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, p. 80, Ed. TEA, Buenos Aires, 1963). Cfr. sobre el tema el magnífico voto del juez Mariano Hernán Borinsky en CFCEP, sala IV, causa N° 14.351, “Peralta, Marcelo Sebastián”, reg. nro. 1939/12 del 22/10/2012.

(22) Estas mismas reglas pueden aplicarse en otros ámbitos de la teoría del delito en los que se afirma que se dilucidan cuestiones psicológicas, concretamente en el conocimiento de la antijuridicidad y en los elementos subjetivos del injusto.

VIENE DE LA PÁGINA 7

Con una visión precisa, Guillermo J. Yacobucci se enrola en la postura del sentido social y sostiene que “la interpretación que los tribunales hacen de los sucesos empíricos y, sobre todo, de los aspectos subjetivos de esos acontecimientos no se desenvuelve a través de una perspectiva meramente naturalística o psicologista. A los efectos de determinar jurídicamente la existencia de dolo o ‘intención’ en el sujeto activo, que es lo que aquí se discute, no es factible ingresar en la psiquis concreta del individuo, pues, más allá de su posibilidad real, no es éste el cometido de los tribunales. El disvalor del hecho y el juicio de imputación, también en el orden subjetivo, se desenvuelve a través de reglas que expresan criterios normativizados sobre los comportamientos humanos.

En la consideración del tipo de injusto, los tribunales están llamados a realizar un análisis del significado social de los comportamientos para poder considerarlos hechos penalmente relevantes. Todos los conceptos típicos penales, incluso aquellos que podían identificarse como descriptivos, tales el matar o herir no son entonces simples conceptos causales de lesiones de bienes jurídicos, sino conceptos de relaciones de significados sociales. De allí que la aplicación de las normas en esos casos no depende de una pura comprobación sino que se lleva a cabo merced a la identificación del significado social integrado al tipo (Hans Welzel (23)).

En consecuencia, el lenguaje que se utiliza en la interpretación de los tribunales responde a dos niveles. Uno es el que se corresponde con la observación que, en principio, responde a criterios de comprensión directa. El otro, sin embargo, se vale de conceptos de tipo teórico como por ejemplo el del dolo. El *a quo* ha desenvuelto su argumentación merced a la reconstrucción de los hechos ‘observados’ a partir de la prueba recibida en el debate. Esos comportamientos, de todos modos, deben ser puestos en relación con los conceptos jurídicos que le brindan la significación necesaria para el juicio concreto de atribución penal.

{ NOTAS }

(23) WELZEL, Hans, “Derecho Penal alemán. Parte general”, ob. cit.

(24) VOLK, Klaus, “Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit” en art. Kaufmann y otros (ed.), p. 76 y sigtes., P. Bockelmann-FS, Munich, 1979; “Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess”, Constanza, 1980; “Dolus ex re” en Haft y otros (ed.), “Strafgerechtigkeit”, p. 611 y ss., Arthur Kaufmann-FS, Heidelberg, 1993 y “Kausalität im Strafrecht”, NSTZ, p. 106 y ss., 1996.

(25) VIEHWEG, Theodor, “Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica” (“Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin”, en “Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie”, Düsseldorf, 1972) en “Tópica y filosofía del Derecho”, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 167, Gedisa, Barcelona, 1991.

(26) CFCP, sala II, causa N° 11.089, “Rodríguez, Javier H.”, ya citado, voto del juez Guillermo J. Yacobucci y, ampliamente, RAGUÉS I. VALLÈS, Ramon, “El dolo y su prueba en el proceso penal”, ob. cit., p. 323 y sigtes. en el punto X del capítulo II denominado “Una nueva perspectiva: el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo”.

(27) Este principio emerge de la garantía del juicio previo (artículo 18 de la Constitución Nacional). Se encuentra previsto en: 1) el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre el cual prescribe que “se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable en un debido proceso legal”. 2) El artículo 8º, párrafo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. 3) El artículo 14, párrafo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que indica que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. 4)

Esta vinculación se hace posible en virtud de reglas de interpretación o asignación de sentido (Klaus Volk (24)) que relacionan lo acontecido -probado- con los términos jurídicos aplicables. En cierta forma estas pautas vienen indicadas por los tópicos que regulan el tema y configura la argumentación típica que se desenvuelve en un fallo (Theodor Viehweg). (25) Por eso el dolo no es como tal meramente ‘observable’ ni en consecuencia descriptible a través de una observación (Wilfried Hassemmer, Armin Kaufmann). El dolo se integra sólo parcialmente con los datos empíricos verificados, pues en lo restante se sirve en su contenido de los significados sociales que se la atribuyen”. (26)

Y en este análisis deben respetarse los principios constitucionales. Veamos.

IV. El principio de inocencia (27)

El principio de inocencia es una garantía elemental, forjada por el movimiento constitucionalista, cuyo objetivo reside en preservar la libertad y dignidad de las personas otorgando seguridad y confianza a todo habitante de la Nación, ya que toda persona, se reputa inocente hasta tanto una sentencia firme declare su responsabilidad. (28)

La presunción de inocencia es la clave de bóveda del sistema de garantías en materia penal cuyo contenido básico “es una regla de juicio, según la cual nadie puede ser condenado a un castigo a menos que su culpabilidad resulte probada, más allá de toda duda razonable tras un proceso justo”. (29)

Así, toda persona sometida a un proceso penal es inocente y debe ser tratada como tal hasta que se declare lo contrario, una vez acreditada su responsabilidad penal mediante el dictado de una sentencia condenatoria -firme, pasada a autoridad de cosa juzgada- que destruye ese estado de inocencia.

Inocente significa que la persona que enfrenta el proceso sólo registra una imputación o un proceso en trámite y, por ende, sus

derechos no pueden ser alterados o restringidos con medidas definitivas. Sólo se admiten, por excepción, en ciertos y limitados casos, medidas cautelares preventivas (prisión preventiva, embargo, etc.) para asegurar los fines del proceso y se descarta todo tipo de medidas que importen un anticipo de pena.

Nuestra Constitución Nacional, al establecer que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (artículo 18), determina que para que el Estado pueda imponer una pena será necesaria la tramitación previa de un juicio en el cual se declare, mediante el dictado de una sentencia firme, la responsabilidad penal del imputado. Esto significa que durante el desarrollo del proceso se está frente a una persona que por disposición constitucional debe ser tratada como inocente y que su responsabilidad por el hecho imputado sólo se determinará en el juicio. La sentencia constituye -como último acto del proceso- el único título válido para declarar a alguien culpable y, en su caso, privarlo de su libertad personal y restringir sus derechos. (30)

Julio B. J. Maier entiende que “la Ley Fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible... hasta tanto el Estado... no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”. (31)

Y por ello considera que este principio importa “la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución”.

El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en un proceso legal” y 5) se encuentra expresamente consagrado en el artículo 1º del Código Procesal Penal de la Nación.

(28) En general se utiliza el término “culpabilidad” haciendo referencia a la persona “culpable” de la comisión de un delito. Empleamos el término “responsabilidad” y no “culpabilidad” dado que este último puede confundirse con el “principio de culpabilidad” o con la definición de “culpabilidad” que es uno de los elementos que integran el concepto de delito.

(29) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero Bandrés, p. 45, ETrotta, Madrid, 1995.

(30) Por eso una de las consecuencias más importantes que se deriva de este principio es la limitación que se impone al poder estatal de ejercer coerción personal o restringir derechos respecto del imputado durante la tramitación del proceso.

(31) Cfr. MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, t. I. Fundamentos, p. 490 y ss., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.

(32) D’ALBORA, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación”, 7ª edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás D’Albora, p. 25, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

(33) Ampliamente, sobre el tema véase CÚNEO LIBARONA, Mariano, “Procedimiento Penal. Garantías constitucionales en un Estado de Derecho”, ob. cit., capítulo XVII, p. 629 y ss.

(34) 1. Este principio fundamental, propio del Estado de Derecho, deriva del principio de inocencia (cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, 3ª edición, p. 200, Lerner, Córdoba, 1982; BINDER, Al-

berto M., “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 2ª edición, p. 121 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; BACIGALUPO, Enrique, “La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios”, p. 13 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, y del mismo autor Derecho Penal y Estado de Derecho, capítulo noveno denominado “Presunción de inocencia. In dubio pro reo y recurso de casación”, p. 183, Jurídica de Chile, 2005, quien considera que es un “componente sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia”. Lo funda en las previsiones del artículo 62 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las conclusiones del tema III del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional del Derecho Penal de Hamburgo de 1979; CAFFERATA NORES, José I., “La prueba en el proceso penal”, p. 11, Depalma, Buenos Aires, 1986, y del mismo autor, In dubio pro reo y recurso de casación contra la sentencia condenatoria, ¿cambió algo con los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional?, LA LEY, 1999-F, 544; RUSCONI, Maximiliano A., “In dubio pro reo: mitos y realidades entre duda e imputación”, en “Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno”, p. 133, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997; CORNEJO, Roberto I., “Acerca de la revisión en materia penal, in dubio pro reo y la justicia del caso”, LA LEY, 2000-E, 771; BÁEZ, Julio C., Repensando el in dubio pro reo, LA LEY, 2006-B, 1078, y otros. MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal argentino”, ob. cit., p. 494 y ss., aunque, con otros argumentos, también alude al principio de defensa en juicio. Desde otra óptica, LANGER, Máximo, “El principio in dubio pro reo y su control de casación”, 1998-A, p. 215 y ss., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, quien considera que emerge del principio de estricta legalidad (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional). Con un ordenamiento legal diferente: ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, traducción de

Y, finalmente, añade: “el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible”.

En esta misma línea argumental, Francisco D’Albora sostiene que, conforme al principio de inocencia, “la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer el acusador”. (32)

Resumiendo, a nuestro juicio, el principio constitucional de inocencia consiste en que ninguna persona puede ser considerada o tratada como culpable hasta tanto se pruebe su intervención objetiva y subjetiva en el delito que se le imputa y el tribunal que lo juzga, luego de un juicio respetuoso del debido proceso, demuestre lo contrario y dicte una sentencia firme, pasada a la autoridad de la cosa juzgada, que declare su responsabilidad por la comisión de ese delito probado. (33)

V. El in dubio pro reo (34)

La presunción de inocencia no puede significar otra cosa, sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se imputa, sino que bastará que no se haya obtenido la comprobación de ese hecho. (35)

Claus Roxin señala que “ante la duda se debe decidir a favor del acusado” y considera que “no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba”. (36)

Luigi Ferrajoli sostiene que el criterio del *favor rei* exige la exclusión de la responsabilidad penal del imputado cada vez que existe incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. “Este principio equivale a una norma de clausura sobre la

la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, p. 111, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, entiende que “deriva indirectamente del principio de culpabilidad, pues si, de acuerdo con él, una condena exige que el tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, toda duda sobre este presupuesto debe impedir la declaración de culpabilidad”) y, por lo tanto, ostenta jerarquía constitucional (artículo 18 de la Constitución Nacional (en su momento, dada su importancia, este principio fue establecido en el artículo 29 de la Constitución sancionada en 1949).2. En la normativa internacional se encuentra previsto en 1) el artículo 11.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. 2) El artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que indica que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”. 3) El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” y 4) el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual decreta que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. 3. A nivel nacional este principio está previsto en el artículo 3º del Código Procesal Penal de la Nación, que establece: “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”.

(35) FLORIÁN, Eugenio, “De las pruebas penales”, t. I, “De la prueba en general”, trad. de la 3ª edición original de Jorge Guerrero, p. 335, Temis, Bogotá, 1968.

(36) ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, traducción de la 25ª edición alemana, de Gabriela E. Cór-

decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria". (37)

En nuestro ámbito, Alfredo Vélez Mariconde afirma que "el principio de inocencia exige que, para condenar al acusado, el juez adquiera la convicción de su culpabilidad, de modo que en caso de duda debe absolverlo; para llegar a esta solución no es necesario que esté convencido de su inocencia, desde que ésta es una situación jurídica que no requiere ser construida; es un estado normal del imputado...". (38)

En este mismo sentido, Clariá Olmedo señala que "la verdad sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella, y esto es lo que se llama estado de certeza, de contenido simple y, por lo tanto, ingraduable. Se presenta cuando se ha desechado toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia". (39)

Julio B. J. Maier, por su parte, sostiene que "la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución...". (40)

En nuestra opinión, la certeza que adquirió el juez conduce a condenar al culpable o a absolver al inocente. (41) Pero la falta de certeza,

la incertidumbre, la duda (42) resultan un obstáculo insoslayable para el dictado de una sentencia condenatoria, ya que ésta requiere siempre un juicio de seguridad y certeza y, en consecuencia, se impone la aplicación obligatoria de este principio por el cual el juez o el tribunal debe disponer, ante esa especial situación anímica (estado de duda), acreditada siempre en las constancias probatorias incorporadas al proceso, la absolución del acusado.

Es en este último momento del proceso, para el dictado de una sentencia condenatoria, cuando se evidencia con toda su amplitud este principio, pues el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la certeza de la responsabilidad penal del acusado. De ello se sigue que, en caso de incertidumbre, éste deberá ser absuelto: *in dubio pro reo*. (43)

Y así, en caso de duda se debe "estar a lo que es más favorable al imputado". (44)

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un proceso penal "debe dilucidarse si, con las pruebas adquiridas puede emitirse un juicio de certeza..., ya que lo contrario deja un resquicio de duda, tratándose cuanto mucho de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado, con base en el principio *in dubio pro reo*". (45)

Concluyendo, a nuestro modo de ver, el *in dubio pro reo* es una garantía constitucional propia del Derecho Penal liberal, es complementario y respaldatorio del principio de inocencia, que rige a favor de la persona imputada en el proceso penal, que lo protege de un posible error judicial; por esto el juez, ante un estado de duda, debe adoptar la posición que resulte más beneficiosa para el imputado.

La duda nunca puede ponerse a cargo del acusado. La carga de la duda debe soportarla quien comienza, dirige y culmina el proceso e impone consecuencias jurídicas: el poder punitivo del Estado, y debe declararla el juez, ya que es una exigencia dirigida a la ética del juez. (46)

El que duda no puede juzgar ni condenar, porque no puede afirmar ni negar y por ello nadie puede ser condenado por "sospechoso". Es mejor dejar impune un delito que condenar a un inocente o a quien se duda si resultó culpable.

En un Estado de Derecho nadie puede agravarse si un juez dicta una absolución por duda, pero alarma una condena por sospecha o probabilidad.

Como consecuencia de ello, queda prohibido a todo tribunal condenar al imputado si no obtiene la certeza necesaria sobre la verdad de la imputación (el juicio penal es un juicio de certeza). La condena sólo es justa, correcta y adecuada a derecho cuando se adquiere la certeza de la responsabilidad del imputado. (47) De lo contrario, no destruida con seguridad la probabilidad de un hecho que impide la condena (48), en un Estado de Derecho, debe obligatoriamente imponerse la absolución del acusado. (49)

En lo que al caso en análisis se refiere, esta regla impone liberar al imputado cuando no existan elementos probatorios suficientes que dieran cuenta del conocimiento, la intención y la voluntad y no existe certeza sobre todos los extremos de la imputación (50), entre ellos, obviamente, el dolo.

En efecto, rige el *in dubio pro reo* en el dolo o la culpa que conforman el tipo subjetivo y más concretamente en los elementos subjetivos del tipo penal. (51)

CONTINÚA EN LA PÁGINA 10

{ NOTAS }

doxa y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, p. 111, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. Título original: "Strafverfahrensrecht", 25ta. edición, completamente renovada, de la obra iniciada y continuada hasta la 8ª edición -1967- por Eduard Kern, Editorial Beck, Munich, 1998.

(37) FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón", ob. cit., pp. 105, 152 y 164.

(38) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", ob. cit., p. 48.

(39) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal. Nociones fundamentales", t. I, p. 446, Ediar, Buenos Aires, 1960.

(40) MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal argentino", ob. cit., p. 495.

(41) Debe tenerse presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la "necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva, cuya renuncia consciente es incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional (CS, Fallos: 310:1994; 311:509 y 2193; 313:1223; 315:2511 y 2625; 319:2796, entre otros)".

(42) 1. La duda, en palabras de la Corte, es un especial estado de ánimo del juzgador, que no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (CS, Fallos: 311:949; 311:2503; 315:495; 323:701, entre otros). 2. Una situación de incertidumbre o de simple probabilidad presenta la posibilidad de condenar a un inocente o absolver a un culpable. Rige, entonces, ante el peligro de dictarse un veredicto equivocado, el aforismo liberal por el que "vale más absolver a cien culpables que condenar a un inocente". Esta máxima, refiere ODERIGO, Mario A., "es norma legal de nuestro Derecho" (cfr., "Derecho Procesal Penal", p. 111 2ª edición, actualizada por Miguel Ángel Almeyra, Depalma, Buenos Aires, 1978).

(43) Cfr. CAFFERATA NORES, José I., "La prueba en el proceso penal", ob. cit., p. 11, quien añade: "¿Por qué razón la duda debe beneficiar al imputado? Porque goza de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser construido. Al contrario, a los órganos públicos predisuestos compete destruirlo, y acreditar acaba-

damente su culpabilidad. Si éstos fracasan en su intento y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho y la participación punible del imputado, el estado de inocencia reconocido por el ordenamiento legal se mantiene, prevaleciendo sobre el causal probatorio, que si bien lo puso en tela de juicio, careció de la envergadura legalmente exigida para destruirlo".

(44) ¿Es el in dubio pro reo un método de interpretación de la ley? Es una cuestión discutida en la doctrina, para algunos autores el in dubio pro reo es aplicable a la interpretación de la ley penal, entre ellos SENTÍS MELENDO, Santiago, "In dubio pro reo", p. 84 y ss., Ejea, Buenos Aires, 1971; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal. Parte general", p. 137, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991; NÚÑEZ, Ricardo C., "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", Anotado, 2ª edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, quien lo considera una "guía de interpretación", RUSCONI, Maximiliano A., "In dubio pro reo: mitos y realidades entre duda e imputación", en "Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno", p. 150 y ss., ob. cit. Desde otra óptica, consideran que no es una norma de interpretación de la ley penal: MANZINI, Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", trad. de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, t. I, pp. 153 y 258, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", ob. cit., p. 47; CAFFERATA NORES, José I., "La prueba en el proceso penal", ob. cit., p. 11; BINDER, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal", ob. cit., p. 123, quien amplió sus consideraciones en Justicia Penal y Estado de Derecho, 2ª edición, actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, concretamente, en el punto 4, capítulo I, p. 47, dedicado a la valoración de la prueba; D'ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación...", ob. cit., p. 19; MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal argentino", ob. cit., p. 501, entre otros.

(45) 1. CS, Fallos: 324:4039. La Corte señaló que el principio in dubio pro reo impone "dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza" y que la duda importa un grado de conocimiento que no logra destruir el estado de inocencia

del acusado, V.1283. XL., fallo "Recurso de hecho, Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes", causa N° 660, del 27/12/2006.2. En la Cámara Federal de Casación Penal, véase, entre otros, sala II, causas nros. 15.678 "Pantano, Sebastián", reg. nro. 24/13 del 14/2/2013 y 15.710, "Bufanio, Lionel y otros", reg. nro. 212/13 del 25/3/2013, votos de la juez Ángela Ester Ledesma.3. En la doctrina, véanse CORNEJO, Roberto I., "Acerca de la revisión en materia penal, in dubio pro reo y la justicia del caso", LA LEY, 2000-E, 771, y BÁEZ, Julio C., "Repensando el in dubio pro reo", LA LEY, 2006-B, 1078, entre otros.

(46) HASSEMER, Winfried, "Fundamentos de derecho penal", traducción y notas de Luis Arroyo Zapatero y Francisco Muñoz Conde, p. 210, Bosch, Barcelona, 1984.

(47) Sobre la exigencia de certeza y la inexistencia de certeza absoluta, véase LANGER, Máximo, en "El principio in dubio pro reo y su control de casación", punto III, p. 218 y ss., publicado en Nueva Doctrina Penal 1998/A, Editores del Puerto, Buenos Aires.

(48) Como consecuencia de ello, "todo lo que el imputado afirme en su defensa, cuando quepa por lo menos la posibilidad de que sea verídico, debe considerarse tal, si pese a todos los esfuerzos, no ha sido posible comprobar que no lo es...", DOHRING, Erich, "La prueba. Su práctica y apreciación", p. 28, Ejea, Buenos Aires, 1972.

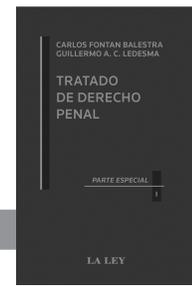
(49) Ampliamente sobre el tema puede verse CÚNEO LIBARONA, Mariano, "Procedimiento Penal. Garantías constitucionales en un Estado de Derecho", ob. cit., capítulo XVIII, p. 705 y ss.

(50) Cfr., por ejemplo, CFCP, sala II, causa N° 11.617, "Gómez, Ezequiel Adrián", reg. nro. 19.954 del 6/5/2012; causa N° 11.760, "Sualet, Hugo Ariel", reg. nro. 20.033 del 11/6/2012; causa N° 12.328 bis, "Golenderoff, Alejandro Daniel", reg. nro. 20.679 del 17/9/2012, entre otros y sala IV, causa N° 12.420, "Miele, Francisco Jorge", reg. nro. 353/12 del 27/3/2012 del voto del juez Gustavo M. Hornos.

(51) 1. En el fallo dictado en la causa V. 1283. XL., "Vega Giménez, Claudio Esteban", del 27/12/2006, publicado en LA LEY, 13/2/2007, con el profundo comen-

NOVEDADES FONDO EDITORIAL

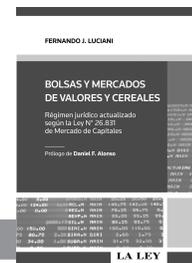
TRATADO DE DERECHO PENAL



Carlos FONTAN BALESTRA Guillermo A. C. LEDESMA

La Ley 4 tomos

BOLSAS Y MERCADOS DE VALORES Y CEREALES



Fernando J. LUCIANI

La Ley

DERECHO POLÍTICO Y ELECTORAL



Alberto Ricardo DALLA VIA

AbeledoPerrot 1 tomo

TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Julio A. GRISOLIA

AbeledoPerrot 6 tomos

Adquíralas llamando al 0810-222-5253 o en www.laley.com.ar

● VIENE DE LA PÁGINA 9

**VI. Conclusiones definitivas en nuestro caso**

1) Volvemos al proceso comentado y a la conducta imputada a C. C. y en lo que respecta al bien jurídico protegido en el artículo 296 del Código Penal, afirma Creus que los delitos comprendidos en el Título XII de nuestro Código Penal concretan ataques a la fe pública, por hacer aparecer como auténticos y reveladores de verdad,

signos representativos o documentos que dan cuenta de lo pasado, cuando no son auténticos o mienten sobre lo representado. (52)

2) La doctrina y jurisprudencia consideran que el delito del artículo 296 requiere dos condiciones: 1) que el documento sea falso y 2) que el sujeto conozca su falsedad. (53) No se requiere que el sujeto haya falsificado el documento, ya que, de ser así, estaríamos ante el delito de falsificación del artículo 292 del Código Penal y la figura del artículo 296 del Código Penal es independiente de la fal-

sificación o adulteración. Por lo tanto, el uso de documento falso o adulterado requiere que el autor no sea responsable como autor de estos últimos delitos. Pero sí se exige que el sujeto conozca de la falsedad del documento. El dolo típico requiere el conocimiento cierto de la falsedad del documento y la voluntad de utilizarlo como tal según su finalidad probatoria. No es, pues, compatible con el delito el dolo eventual; sólo el directo opera en él. (54)

3) Por todo lo dicho, la solución escogida en este caso por la juez y por el Tribunal de

Alzada, conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas acreditadas del suceso, es razonable, justa y se corresponde con los criterios dogmáticos imperantes.

4) Si no se acreditó cabalmente, con pruebas serias, el dolo exigido por el tipo penal, en un Estado de Derecho, en un proceso penal legítimo, no cabe otra solución que la liberación del imputado. ●

Cita on line: AR/DOC/2464/2013

## { NOTAS }

tario de Ignacio M. Pampliega, y en la revista Doctrina Judicial de LA LEY N° 11, Buenos Aires, del 14/3/2007, la Corte señaló que “la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el principio *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal” (se trataba de la finalidad de consumo personal de estupefacientes), cuya “averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal y la falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado”, y añadió: “de allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza” (considerando 9° del fallo). El Tribunal estableció que “corresponde revocar la resolución que rechazó el recurso de casación por el cual se cuestionó la condena impuesta al recurrente por el delito de tenencia de estupefacientes -artículo 14, primer párrafo, ley 23.737-, pues la interpretación de que la exigencia típica de que la tenencia para uso personal

debe surgir inequívocamente de la escasa cantidad de sustancia y demás circunstancias, no puede conducir a que si el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga, quedaría excluida la aplicación de este tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de la tenencia simple, pues semejante conclusión supone vaciar de contenido el principio *in dubio pro reo* en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió”. Con la misma perspectiva, CFed. Criminal y Correc., sala I, fallo inéd. dictado en la causa N° 40.182 “Galván, Juan Carlos”, reg. nro. 392, del 1/5/2007, y la sala II, que considera que “ante la falta de acreditación respecto del fin que poseía la droga secuestrada (tenencia, suministro o comercialización), corresponde estar a la figura básica de tenencia simple de estupefacientes” (fallo inéd.; causa N° 21.373, “Musico, Hernán Gonzalo s/procesamiento”, reg. nro. 22456, del 18/5/2004, y causa N° 23.991, “Paniagua, Ezequiel s/procesamiento”, reg. nro. 25.517, del 10/8/2006 y sus citas). 2. Sobre la imposibilidad de acreditar el elemen-

to subjetivo, es decir, en el caso, el conocimiento efectivo del autor sobre la minoridad de la víctima, véase el fundado voto de la juez Liliana E. Catucci en CNCasación Penal, sala III, “Bogado, Julio D. e Ibelli, Antonio”, reg. nro. 1930/11, del 19/12/2011.3. Sobre la finalidad libidinosa del acceso carnal proponiendo que se aplique la figura de abuso sexual simple, cfr. el voto de la juez Ángela E. Ledesma (en minoría) en CNCasación Penal, sala III, causas N° 12547 y 13151, “Pastrana, Juan Ramón” y “C., R. M.”, del 6/7/2011, quien señala que “queda evidenciado que el fallo impugnado -en orden al tema tratado- no contiene un marco probatorio unívoco, más bien se nos abre un cuadro incierto, dudoso, con un amplio margen de posibilidades, que no satisface el requisito de certeza apodíctica; presentándose un supuesto de ausencia de pruebas de cargo para sostener la imputación efectuada, respecto del tipo penal comentado -actividad ésta que le compete exclusiva y excluyentemente al acusador-, y que no puede ser suplida por la actividad jurisdiccional de este Tribunal. De esta manera, el tema se reduce a un problema de prueba en el cual rige el principio del *in dubio pro reo* (con citas

de KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, en “Nuevo pensamiento penal”, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 20 y ss., y DONNA, Edgardo A., “La imputación objetiva”, p. 35, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997”).

(52) CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte especial”, t. II, p. 359, Astrea, Buenos Aires, 1999.

(53) CFed., sala II, “Cosme, Jorge y otro” del 27/3/1984. El conocimiento debe ser anterior o concomitante con el acto inicial de uso y el autor debe conocer que usa un documento falso del cual puede resultar perjuicio y no obstante ello actúa. Quien conoce todas las circunstancias fácticas y su sentido social y de todos modos actúa, no podrá aducir válidamente que quedó fuera de su esfera de decisión (Cámara del Crimen, sala V, “Sabella, Jorge” del 3/6/1999). No se admite la modalidad culposa o imprudente.

(54) CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte especial”, ob. cit., p. 458, citado por BERRUEZO, Rafael, en “La conducta dolosa (arts. 292 y 296 del CP)”, publicado en LLGran Cuyo 2012 (septiembre), p. 827.

**Renta vitalicia****Emergencia económica. Renta vitalicia previsional pactada en dólares. INTERESES**

**Hechos:** Una Compañía Aseguradora interpuso recurso de apelación contra la sentencia que le ordenó abonar a la actora en dólares estadounidenses la renta vitalicia previsional. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

1.- En virtud de la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Benedetti” - LA LEY 01/10/2008, 11- cabe reconocer el derecho de la actora a percibir la pensión solicitada, según la modalidad de renta vitalicia previsional, en la moneda originariamente pactada —dólares estadounidenses—, pues no es razonable ni justo que la protección acordada oportunamente por ambos contratantes pretenda incumplirse, aun cuando la devaluación del signo monetario ocasione una mayor onerosidad a la prestación de la aseguradora, ya que resulta inadmisibles trasladar las secuelas del riesgo empresario que ésta asumió sobre la parte más débil del contrato. [1]

2.- Teniendo en cuenta que la no fijación de intereses compromete la garantía de propiedad al disminuir el poder adquisitivo del crédito que se demanda, desvirtuando su finalidad alimentaria, con desmedro del principio de movilidad de las prestaciones que consagra el art. 14 bis de la Constitución Nacional y habiéndose reconocido el derecho de percibir la pensión en la modalidad de renta vitalicia en la moneda extranjera pactada, tal derecho resultaría menguado si no se admitieran los intereses devengados hasta la cancelación total del crédito.

117.188 — CFed. Seg. Social, sala I, 2013/03/13. - Habarna, Elba Mabel c. Met Life Seguros de Retiro S.A. s/ reajustes varios.

Cita on line: AR/JUR/21702/2013

**CONTEXTOS DEL FALLO**

**Jurisprudencia vinculada:** [1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional” 16/09/2008, LA LEY 01/10/2008, 11, DJ15/10/2008, 1696 - DJ2008-II, 1696, AR/JUR/7293/2008. Cabe reconocer el derecho de la actora a percibir la pensión solicitada, según la modalidad de renta vitalicia previsional, en la moneda originariamente pactada —dólares estadounidenses—, pues no es razonable ni justo que la protección acordada oportunamente por ambos contratantes pretenda incumplirse, aun cuando la devaluación del signo monetario ocasione una mayor onerosidad a la prestación de la aseguradora, ya que resulta inadmisibles trasladar las secuelas del riesgo empresario que ésta asumió sobre la parte más débil del contrato.

**Citas legales:** leyes 20.744 (t.o. DT, 1976-238); 21.839 (DT, 1978-689); 24.432 (DT, 1995-A, 256); 25.323 (DT, 2000-B, 2017); 25.345 (DT, 2000-B, 2397); 25.561 (DT, 2002-A, 314).

2ª Instancia. — Buenos Aires, marzo 13 de 2013

Vistos:

I. Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Compañía Aseguradora contra la sentencia que hace lugar a la acción y ordena a la demandada que abone a la actora en dólares estadounidenses la Renta Vitalicia Previsional.

II. La Compañía Aseguradora se agravia de lo decidido respecto de la cuestión de fondo en tanto se declara la inconstitucionalidad de la ley de emergencia y solicita que ambas partes soporten equitativamente las consecuencias de la emergencia antes aludida a fin de evitar que recaiga sobre una sola de ellas. Cuestiona la aplicación de intereses al pago del retroactivo, toda vez que no fueron solicitados en el escrito de inicio y la condena en costas y los honorarios por altos.

III. Toda vez que la cuestión de fondo traída a conocimiento ha sido resuelta favorablemente por el Alto tribunal “in re” “Benedetti Estela c. PEN Ley 25.561 - dcs 1570/01 y 214/02 s/ amparo” (S.C. B 1694 L XXXIX) corresponde, en honor a la brevedad, remitirse a dichos fundamentos, así como a los vertidos por esta Sala en autos “Mastrodomenico Ana Victoria c. HSBC New York Life Seguros de Retiro S.A. y otro s/ Amparo y Sumarísimos” Expediente n° 38.449, de registro de esta Sala I, mediante SD n° 110.981 del 31/08/04, “Petroli Amalia Susana c. Poder Ejecutivo Nacional S/ Amparos y Sumarísimos”, sent. int. 62.619 del 31/08/04, “Insua Patricia y otros c. Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía S/ Amparos y Sumarísimos”, Sent. Int. 62620 del 31/8/04, entre otros.

Por lo tanto corresponde confirmar lo decidido en la instancia de grado, de conformidad con los alcances expresados en los fallos precedentemente mencionados

IV. Respecto las costas, devienen de aplicación las disposiciones del art. 68, I parr. del CPCCN, por lo que se confirma lo resuelto.

V. En atención a los honorarios regulados a la dirección letrada de la actora, corresponde reducirlos en la suma de \$1150 (pesos mil ciento cincuenta) (conf. arts. 6,

36 de la Ley 21.839, modificada por la ley 24.432).

VI. En cuanto a la fijación de “tasa de interés, este tribunal tiene dicho, que teniendo en cuenta que la no fijación de intereses (que fueron “solicitados a fs. 29) compromete la garantía de propiedad al disminuir el poder adquisitivo del crédito que se demanda, desvirtuando su finalidad alimentaria, con desmedro también del principio de movilidad de las prestaciones que consagra el art. 14 bis de la CN (Cfr. CSJN 30.7.85, “Kundt Cortez, Carlos Federico s/ Jubilación”) y habiéndose reconocido en autos, la procedencia de lo solicitado, tal derecho resultaría menguado si no se admitiera que el pago de los haberes previsionales retroactivos debe hacerse considerándose los intereses devengados hasta la efectiva cancelación total del crédito, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

En igual sentido se ha expedido esta Sala “in re” “Haffher Alfredo c. ANSeS s/ cobro de pesos” expte n° 8403/03 sent. Int. N° 61774/04.

La tasa de interés que corresponde aplicar de acuerdo a lo expuesto por este tribunal “in re” “Swaczij María Cristina c. PEN y otros s/ Amparos y Sumarísimos”, expte n° 32378/03 Sentencia Interlocutoria 85799 es la tasa pasiva mensual que el BCRA publica para dicha moneda, por lo que corresponde revocar lo resuelto en este punto.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar parcialmente la sentencia recurrida, debiendo estarse a lo expuesto en los considerandos precedentes. 3) Costas a la vencida (art. 68, I parr, CPCCN). 4) Reducir los honorarios de acuerdo a lo expresado. — Lilia M. Maffei de Borghi. — Bernabé L. Chirinos. — Victoria P. Pérez Tognola.



## JURISPRUDENCIA AGRUPADA

## Gestor procesal

## I. Principios generales

1. Debe declararse la nulidad de lo actuado por el gestor del contribuyente en razón de no cumplir con la oportuna ratificación de su calidad de gestor en el plazo estipulado por el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues si bien el contribuyente ha invocado en forma dogmática los principios de informalismo a favor del interesado, no reparó que el instituto que rige, esto es, la gestión procesal, reviste carácter y naturaleza excepcional y restrictiva, en tanto constituye una excepción al principio fijado por el art. 47 del citado cuerpo legal.

CNFedCont.Adm., sala III, Romfioc S.R.L. (T. F. 34947-I) c. D.G.I., 08/05/2012, IMP, 2012-9, 184.

2. La gestión procesal procede ante la existencia de un evento serio que dificulte la presencia de la parte en un acto procesal trascendente para la suerte de su derecho, y no para cubrir cualquier excusa baladí o por razones de comodidad, debiendo significar la expresión de las razones una argumentación convincente acerca de la seriedad de la presentación que resulte en forma objetiva de las constancias del expediente, siendo indispensable para aceptar la intervención del gestor no sólo tener y valorar las razones de urgencia en que se sustenta, sino, además, explicar los motivos que hayan impedido acreditar la personería invocada en la forma exigida por el art. 47 del Cód. Procesal.

CNCom., sala D, Barrios Norma Susana s/concurso preventivo, 03/11/2011.

3. El art. 48 del Código Procesal acuerda a los terceros, en casos urgentes, la facultad de tomar intervención en el juicio por alguna de las partes sin acompañar los instrumentos que acrediten la personalidad y constituye una excepción al principio general consagrado en el art. 47 del Código citado.

CNCiv., sala E, Suso, Bárbara y otro c. Magliano, Alberto y otros s/daños y perjuicios, 01/03/2011.

4. Es carga procesal del gestor invocar y acreditar las razones de urgencia y seriedad que justifiquen su petición, quedando a criterio del juzgador la aceptación o no de su accionar.

Tribunal Fiscal de la Nación, sala A, Borlototto, Marcelo, 08/09/2010, La Ley Online.

5. La facultad que acuerda el art. 48 del Cód. Procesal es una medida excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva, que sólo procede cuando la urgencia del caso resulta de hechos o circunstancias imprevistas que hayan impedido la actuación directa de las partes o sus representantes.

CNCom., sala F, Díaz, Nélica c. Díaz, Silvia Amalia s/ejecutivo, 22/12/2009.

6. Uno de los fundamentos de la gestión procesal regulada en el art. 48 del Código Procesal es la urgencia de la actuación y la necesidad de expresar concretamente razones atendibles en el orden a las dificultades que hubieren para presentar el pertinente poder.

CNCiv., sala H, Almerares, Héctor Juan y otros c. Mallo Huergo, Martín s/daños y perjuicios, 6/05/2009.

7. La presentación de un letrado como gestor procesal en los términos del art. 48 del Cód. Procesal debe ser valorada en forma restrictiva en tanto constituye una excepción al principio general sobre la forma de justificar la representación en juicio.

CFed.CivCom., sala III, Morales, Patricia Elina c. Estado Nacional y otro, 28/08/2008, La Ley Online.

8. La limitación que contiene el art. 48 del Cód. Procesal en cuanto a que la facultad acordada por este artículo "solo podrá ejercerse una vez en el curso del proceso" no excluye la realización de ulteriores actos procesales dentro del referido plazo de cuarenta días, sino que veda presentaciones ulteriores como gestor una vez transcurrido aquel, se haya o no ratificado o acreditado la personería, de modo que el gestor podrá efectuar cuantas peticiones hagan al derecho de la persona por lo cual comparece con sujeción a la condición a la que se subordina la figura.

CNCom., sala D, Inspección General de Justicia c. Bronson Stern S.A. s/ordinario, 27/06/2008.

## II. Casuística

## i) Actos urgentes

9. Si bien el art. 48 del Código Procesal debe tener aplicación estricta por ser de carácter excepcional, como la urgencia debe nacer de circunstancias que impidan la actuación directa de las partes, la circunstancia de la contestación de la demanda configura una razón de urgencia cuando está corriendo el plazo para hacerlo, ya que ello constituye un supuesto de urgencia objetiva.

CNCiv., sala C, Gil Pinheiro, Marianela c. Margaritis Baisilio y otro s/ interrupción de prescripción, 17/04/2012.

10. Corresponde revocar la resolución que desestimó la calidad de gestor procesal invocada por quien se presentó a contestar la demanda, ya que las consecuencias que trae aparejada la incontestación de ésta y la brevedad del plazo para hacerlo, así como el tiempo que insumen las diligencias que deben cumplirse para el otorgamiento del mandato son circunstancias que configuran el caso de urgencia contemplado en el art. 48 C.P.C.C.N.

CNCom., sala F, Garantizar SGR c. Barrarte Madera S.R.L., 22/12/2009, DJ 16/06/2010, 1650.

11. La mera manifestación efectuada por el gestor en punto a que su patrocinado se encontraba imposibilitado de firmar el escrito "por razones de distancia" no satisface el recaudo del art. 48 del Cód. Procesal.

CNCom., sala A, Iannito, Luis c. Volkswagen Compañía Financiera S.A. s/ ordinario, 26/11/2009.

12. La mera perentoriedad de un plazo no configura la urgencia requerida para admitir la comparecencia en juicio por

quien no tiene representación conferida, pues para justificar la seriedad del pedido es necesario que se invoquen razones referidas a supuestos difícilmente previsibles.

CNCiv., sala B, Vilar, Oscar Eduardo c. Ríos, Luis s/ reivindicación, 29/05/2009.

## ii) Falta de invocación de la gestoría

13. Corresponde decretar la nulidad de lo actuado por un letrado como gestor procesal, pues se desempeñó en infracción a la órbita de actuación permitida por el art. 48 del Cód. Procesal Civil y Comercial, dado que nunca invocó dicha norma ni alegó la existencia de circunstancias excepcionales que motivasen la imposibilidad de suscribir los escritos por parte de su asistido, y utilizó la facultad conferida por el mencionado precepto legal en más de una oportunidad.

CNCom., sala D, La Sudamericana C.I.S.A., 30/06/2010, LA LEY, 2010-E, 196.

14. Cuando el entonces letrado patrocinante del actor no invocó la calidad de gestor en los términos del art. 48 del Cód. Procesal, sino que se limitó a suscribir el escrito de apelación, la carencia de firma de la parte actora se erigió en óbice para entender abierta la segunda instancia, pues el escrito de apelación constituye un acto jurídico inexistente e insusceptible de convalidación posterior.

CNCom., sala F, Inés, Pablo Daniel c. Mitsubishi Motors S.A. y otro s/ordinario, 18/05/2010.

15. Corresponde denegar la presentación del gestor en los términos del art. 48 del Código Procesal ante la falta de suscripción del accionante del escrito de contestación de traslado a despacho, en el cual sólo se invocó la imposibilidad circunstancial de hacerlo.

CNCiv., sala G, Martínez, Pablo Mariano c. Ferrando, Ricardo, 20/10/2008, La Ley Online.

16. Corresponde rechazar la presentación en concurso preventivo de una sociedad comercial efectuada por un gestor procesal, si se omitió indicar las razones atendibles que motivaran la imposibilidad fáctica de suscripción de la misma por parte del representante de la sociedad, ya que, atento a la naturaleza excepcional del instituto previsto en el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la presentación efectuada en tales términos impone la expresión de motivos fundados que justifiquen la seriedad de la petición.

CNCom., sala A, National Post S.A. s/ conc. prev., 14/10/2008.

## iii) Petición de medidas cautelares

17. Corresponde confirmar la resolución que rechazó el embargo promovido por medio de la facultad que otorga el art. 48 del Código Procesal, pues en tanto dicha facultad reviste carácter excepcional y restrictivo, promover su aplicación, porque el actor se ausentó de la ciudad y no firmó el escrito recursivo incumple con las condiciones de admisión, en tanto se trata de una contingencia previsible dentro del trámite del proceso cautelar.

CNCom., sala D, Abe Constructora Soc. Irregular c. Urkupiña S.A., 02/09/2008, LA LEY, 21/01/2009, 4.

## iv) Procedimiento administrativo

18. En el marco del procedimiento administrativo cabe admitir la aplicación supleto-

ria —art. 11 RLNPA— de la similar norma utilizada en los códigos procesales civiles —art. 48 Cód. Procesal—

CNCom., sala B, Inspección General de Justicia c. E Pereyra SRL s/organismos externos, 09/09/2009.

## v) Ratificación de lo actuado

19. La resolución que decide declarar la nulidad de todo lo actuado por el gestor es, como vía de principio, susceptible de apelación únicamente por la parte representada, mas no por el propio gestor en invocación de un derecho propio.

CNCom., sala C, General Plastics c. E.D.E.C.A.T. S.A. s/ejecutivo, 30/10/2009.

20. Corresponde tener por ratificada la gestión del letrado del accionado bajo los términos del artículo 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al haber quedado acreditado que se domiciliaba en el exterior y que a través de la carta documento aportada expresó en forma inequívoca su voluntad de producir dicha ratificación, siendo que no se requiere una forma solemne para formular la ratificación.

CNCiv., sala F, Z., S. N. c. S. P. H., E. M., 29/12/2008, Exclusivo Doctrina Judicial Online.

21. Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el letrado recurrente en su calidad de gestor de negocios si el instrumento que acredita la personería fue agregado con posterioridad al vencimiento del plazo previsto por el artículo 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

CNCiv., sala G, Amadeo, Paula Gabriela c. Juárez, Rubén Hugo y otro, 07/10/2008, DJ 01/04/2009, 828 con nota de Gabriel Hernán Quadri; Cristian Aboitiz.

22. Corresponde confirmar la resolución que declaró la nulidad de lo actuado por el gestor ante la falta de ratificación dentro del plazo previsto por el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto que, tratándose de un plazo perentorio y fatal, la nulidad opera a su solo vencimiento; sin que obste a ello la circunstancia de que las actuaciones hubieran estado en vista al momento en que aquél operó.

CNCiv., sala E, Flores, Luis Santiago c. Amaya, Carlos Alberto y otros, 12/08/2008, DJ 25/02/2009, 463.

## vi) Restitución de menores

23. La iniciación de un procedimiento convencional ante esta jurisdicción tendiente a conseguir la restitución de un menor y promovida por un gestor procesal, luego investido de facultades suficientes para representar al progenitor del niño resulta idónea pues no existe ningún condicionamiento en la Convención Internacional de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores que disponga la intervención personal, exclusiva y excluyente del padre reclamante.

CNCiv., sala J, G., E.W. c. A., V.A. s/ reintegro de hijo, 1/10/2009. ●

Jorge Alberto Diegues

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JUAN CARLOS MUGNOLO a fin de comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

**Buenos Aires, 5 de julio de 2013**  
Adrián E. Marturet, sec.  
**LA LEY: I. 26/07/13 V. 30/07/13**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 90, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ARTURO TUCCI, a efectos de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 10 de julio de 2013**  
Gustavo Alberto Alegre, sec.  
**LA LEY: I. 26/07/13 V. 30/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 58 a cargo de la Dra. María Isabel Di Filippo, Secretaría Única a mi cargo, sito en Av. de los Inmigrantes 1950 5º piso, cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores de Don EMILIO PASCANSKY a comparecer en autos a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 4 de junio de 2013**  
María Alejandra Morales, sec.  
**LA LEY: I. 29/07/13 V. 31/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 97, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de DE BARTOLOMEIS EDUARDO VICENTE a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 10 de julio de 2013**  
María Verónica Ramírez, sec.  
**LA LEY: I. 29/07/13 V. 31/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 15, Secretaría Nº 30, sito en la Av. Callao Nº 635, piso 3º, cita al Sr. CLEMENTE LOCOCO Y FOLCH y al Sr. JOSE LOCOCO Y FOLCH para que en el plazo de quince (15) días comparezcan a constituir domicilio y a contestar demanda en los autos caratulados "SUCESSION DE MORIS DE LOCOCO OFELIA SULMA s. QUIEBRA c/ LOCOCO FRANCISCO Y OTROS s/ ORDINARIO (REVOCATORIA CONCURSAL)" (Expediente Nº 185732/4, bajo apercibimiento de designar Defensor Oficial para que

los represente. Publíquese los edictos por el término de dos días en el Diario La Ley. Fdo. Máximo Astorga. Juez.

**Buenos Aires, 8 de julio de 2013**  
Juan Pedro Giudici, sec.  
**LA LEY: I. 29/07/13 V. 30/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 65, a cargo de la Dra. María Gabriela Fernández Zurita, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de JOSE ANGEL ONETTO. El presente deberá publicarse por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 27 de junio de 2013**  
Andrea Bordo, sec.  
**LA LEY: I. 30/07/13 V. 01/08/13**

El Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nº 1 a cargo de la Dra. Laura Elizabeth Mato, Secretaría Única a cargo del Dr. Rubén Dario Alfano del Departamento Judicial de La Matanza, sito en la Avda. Pte. Perón nº 2850 - 1º piso - San Justo - Pdo. de la Matanza, cita por diez días a SEBASTIAN JORGE ZARINI - DNI Nº 28.935.338, para que comparezca a contestar demanda, en autos caratulados: "PRAINO DIEGO ENRIQUE c/

ZARINA SEBASTIAN JORGE Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Expte. 11.278/07)", bajo apercibimiento de designarle Defensor de Pobres y Ausentes. La parte actora se encuentra tramitando Expediente por separado sobre Beneficio de Litigar sin Gastos (art. 83 del C.P.C.C.). El presente publíquese por dos días en el Boletín Oficial de la Nación" y en el diario "La Ley" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Buenos Aires, 29 de abril de 2013**  
Romina Andrea Taraborrelli, sec. ads.  
**LA LEY: I. 30/07/13 V. 31/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 1, a cargo en forma subrogante del Dr. Horacio C. Alfonso, Secretaría Nº 1 a cargo de la Dra. Ana L. Bruno, sito en Libertad 731 piso 9 de Capital Federal, en expediente "GRUNWALD MERCOVICH ARIEL MATIAS c/ LOPEZ GORGONIO Y OTROS s/ PRESCRIPCION ADQUISITIVA" Expte. Nº 1220/2011, cita al Sr. GORGONIO LOPEZ para que comparezca a estar a derecho en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de dar intervención al Sr. Defensor Oficial. El presente deberá publicarse por 1 día en el diario La Ley.

**Ciudad de Buenos Aires, 12 de julio de 2013**  
Ana Laura Bruno, sec.  
**LA LEY: I. 26/07/13 V. 26/07/13**

El Juzg. Nac. de 1ra. Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nro. 4, Sec. Nro. 8, informa que SANTA JULIANA CARABALLO MARTE, de nacionalidad dominicana, D.N.I. Nro. Pasaporte Dominicano SF0312777 y Pasaporte Dominicano SPO786437, ha iniciado los trámites para obtener la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días.

**Buenos Aires, 27 de febrero de 2013**  
Mariana Roger, sec.  
**LA LEY: I. 26/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 2, Secretaría Nro. 3, de Capital Federal, informa que QING ZHENG, Pasaporte chino Nro. G26258015, nacido el 28 de diciembre de 1986 en Changle, Fujian, República Popular China solicitó la declaración de carta de ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

**Buenos Aires, 19 de junio de 2013**  
Liliana Montórfano, sec. fed.  
**LA LEY: I. 26/07/13 V. 26/07/13**

19422/2013. DIMA ANTONIO JORGE s/ SUCESSION AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de ANTONIO JORGE DIMA, a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

**Buenos Aires, 10 de abril de 2013**  
Inés M. Leyba Pardo Argerich, sec. int.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 28 a cargo de la Dra. Alvarez Alicia Beatriz, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores de HORACIO FRANCISCO ZEMBORAIN, a efectos de que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres (3) días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 13 de junio de 2013**  
Bárbara Rastellino, sec.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 53, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de JOSE ANTONIO VALIÑO ARCEO a fin de presentarse a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por 3 días en La Ley.

**Buenos Aires, 8 de julio de 2013**  
Aldo di Vito, sec.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

Exp. 28.996/2013. El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de JOSE ANTONIO OLIVERA, ALFREDO JOSE OLIVERA y LYDIA BORDIGNON a

presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

**Buenos Aires, 4 de junio de 2013**  
Inés Leyba Pardo Argerich, sec. int.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 109, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de CYNARA RUCHLA CUKIERMAN, a fin de que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 10 de julio de 2013**  
Pilar Fernández Escarguel, sec.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 49, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de MOSQUERA, ANA TERESA. Publíquese por tres días.

**Buenos Aires, 1 de julio de 2013**  
Viviana Silvia Torello, sec.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de ESTHER SUAREZ, por el término de treinta días. Publíquese por tres días en La Ley.

**Buenos Aires, 10 de julio de 2013**  
Ma. de las Mercedes Domínguez, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 49, Secretaría Única, sito en Uruguay 714 piso 7º de esta Ciudad, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de INES ROSA PERALTA con CIPF 192.809 y de GABRIEL EDUARDO MORALES con DNI Nº 26.688.046, a los efectos de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 10 de julio de 2013**  
Viviana Silvia Torello, sec.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

19750/2013. SOTA CELIA s/ SUCESSION AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 24 cita y emplaza por treinta días a acreedores y herederos de CELIA SOTA para que hagan valer sus derechos. Publíquese tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 27 de marzo de 2013**  
Maximiliano J. Romero, sec. int.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 27, a cargo de la Dra. María Inés Lezama, Secretaría Única a cargo de la suscripta, sito en la Av. de los Inmigrantes 1950, piso 6º, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ANTONIO KORNESKY. El presente deberá publicarse por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 8 de julio de 2013**  
Soledad Calatayud, sec.  
**LA LEY: I. 24/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 11, a cargo de la Dra. Alejandra D. Abrevaya, Secretaría Única a cargo del suscripto, sito en Talcahuano 550, piso 6, C.A.B.A., comunica por dos días en autos "COSTOYAS SUSANA BEATRIZ c/ TOUCEDA O TOUSEDA OSCAR ANDREA s/ EJECUCION HIPOTECARIA", Expediente Nº 92246/1997 (reservado), que se ha dispuesto la venta en pública subasta del inmueble sito en la calle Gregorio de Laferrere 3216 CABA, UFNº 1, planta baja. Matrícula FR 5-3472/1. La subasta se realizará en la calle Jean Jaurés 545 CABA, el día 8 de agosto de 2013 a las 12 hs. (en punto). El bien se exhibirá los días 2 y 5 de agosto 2013 en el horario de 10 a 12 hs. El remate se efectuará por intermedio del martillero José Alberto Bello (tel.: 011.4374-2845), en las siguientes condiciones: Al contado y mejor postor. Base 125.000. Señá 30 %. Comisión 3 %. Arancel (acordada 10/99) CSJN 0,25 %. Todo en dinero efectivo y en el acto del remate y a cargo del comprador. Consta de cocina comedor, dos habitaciones, baño completo y pequeño patio. El estado del mismo no es bueno con humedad en paredes y techos. Se encuentra ocupado por el Sr. Johnny Costa y familia que mencionan ser inquilinos sin contrato. Registra la siguiente deuda: Aguas Argentinas \$ 345,88 a marzo de 2012 (fs. 390); Aysa

\$ 1442,50 a marzo 2012 (fs. 384/5); OSN no registra deuda a marzo 2012; A.B.L. \$ 227,04 a marzo 2012 (fs. 403/4). El adquirente deberá constituir domicilio dentro del radio del Juzgado, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas por el art. 133 del Cód. Procesal. Asimismo el adquirente debe efectivizar el pago del saldo de precio indefectiblemente dentro de los cinco días corridos de aprobada la subasta, en el Banco de la Nación Argentina (Suc. Tribunales), caso contrario quedará incurso dentro de las previsiones establecidas por los arts. 580 y 584 del Cód. Procesal. Por aplicación de lo dispuesto por el art. 598, apartado séptimo -texto según ley 24.441-, queda prohibida la compra en comisión. El martillero deberá identificar, antes de comenzar, a los asistentes al acto de subasta, y en caso que manifestaren actuar por poder, nombre e identificación del mandante con exhibición del instrumento del poder respectivo. Todo ello con antelación al inicio del remate y bajo apercibimiento de que no se admitirán ofertas que no cumplan tales requisitos de acreditación, debiendo confeccionar una lista fechada y suscripta por el martillero y por los asistentes que se acompañará a las actuaciones en ocasión de rendir cuentas del remate.

**Buenos Aires, 10 de julio de 2013**  
Javier Santiso, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 26/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 58, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de LAURA MARCELA DUHALDE. Publíquese por 3 días en La Ley.

**Buenos Aires, 28 de junio de 2013**  
María Alejandra Morales, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 49 a cargo del Dr. Osvaldo Onofre Alvarez, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza a herederos y acreedores de ALBERTO PEREZ para que en el plazo de treinta días se presenten a hacer valer sus derechos. El presente edicto debe publicarse por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 4 de julio de 2013**  
Viviana Silvia Torello, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 80, Secretaría Única de Capital Federal cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de VICTOR ANGEL GRASSO, a efectos de hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en La Ley.

**Buenos Aires, 4 de julio de 2013**  
Santiago Pedro Iribarne, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 98, a cargo del Dr. Alberto Jorge Primero Narváez, juez, Secretaría Única a cargo del Dr. José L. González, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, piso 6º, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos caratulados "JOSE LUIS RAMOS s/ SUCESSION AB-INTESTATO", Expediente Nº 34.108/2013 que tramitan ante este Juzgado, cita y emplaza por treinta días, a herederos y acreedores de JOSE LUIS RAMOS. Publíquese por tres días.

**Buenos Aires, 18 de junio de 2013**  
José Luis González, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 96, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de GATTI, ALBERTO FRANCISCO a fin de hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 3 de julio de 2013**  
María Constanza Caeiro, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 97, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de FUDA NATALIA ALBANA a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario La Ley.

**Buenos Aires, 11 de julio de 2013**  
María Verónica Ramírez, sec.  
**LA LEY: I. 25/07/13 V. 29/07/13**

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

## Lanzamiento

# LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA FRENTE AL CONTRIBUYENTE GLOBAL

## ASPECTOS TECNICOS Y PRACTICOS RELEVANTES

**RICARDO ECHEGARAY**

Colaboradores:  
**GUILLERMO MICHEL • JUAN PABLO BARZOLA**  
Prólogo de Pascal Saint-Amans

CONOZCA EL MARCO LEGAL Y LA IMPLEMENTACION PRACTICA POR PARTE DE LA AFIP RESPECTO DE LAS MEDIDAS PARA HACER FRENTE AL USO DE ESTRUCTURAS FISCALES PERJUDICIALES

### Introduce al profesional en los temas más actuales de la tributación internacional:

Fiscalidad de las operaciones internacionales en el Impuesto a las Ganancias • Transparencia e intercambio de información tributaria: decreto 589/2013 • El rol de la AFIP en el control de los precios de transferencia • Convenios para evitar la doble imposición internacional • Estrategias de la AFIP ante el contribuyente global.

Adquiéralo llamando al **0810-222-5253**, en su sucursal más cercana o ingresando en **www.laley.com.ar**

## Síguenos en:

 ThomsonReutersLaLey •  @TRLaley  
 ThomsonReutersLatam



THOMSON REUTERS