

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE CÓRDOBA
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

JULIO 2016

2

POSIBLES REPERCUSIONES
DEL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA
NACIÓN EN DIVERSAS
CUESTIONES PENALES

ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 2

— POSIBLES REPERCUSIONES DEL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
EN DIVERSAS CUESTIONES PENALES —

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
JULIO 2016

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Autoridades

(Período 2016 - 2019)

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Presidente

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Vicepresidente

MARCELA ASPELL
Secretaria

GUILLERMO BARRERA BUTELER
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN G. SOMMER
Secretario Técnico

Dirección: Gral. Artigas 74- C.P (5000) – Córdoba
República Argentina
Tel/Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en:
www.acaderc.org.ar

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO

Director

CAROLINA PRADO

Secretaria

ANA MARÍA CORTES DE ARABIA

Directora del Cuaderno

Comité Editorial

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

CARLOS JULIO LASCANO

ANA MARÍA CORTES DE ARABIA

Comité Evaluador Externo

MARCO ANTONIO TERRAGNI

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA (ESPAÑA)

JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (ESPAÑA)

Miembros del Instituto

GUSTAVO ALBERTO AROCENA, MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO, LUIS MARÍA BONETTO, ENRIQUE RODOLFO BUTELER, ERNESTO JOSÉ CANO, HORACIO AUGUSTO CARRANZA, JOSÉ DANIEL CESANO, ANA MARÍA CORTÉS, ÁLVARO EMILIO CRESPO, MARÍA ANTONIA DE LA RÚA, SEBASTIÁN GARCÍA AMUCHÁSTEGUI, NATALIA LUNA JABASE, GUSTAVO MARTÍN, JUAN IGNACIO MARTÍNEZ CASAS, FEDERICO MASSEI, ANA INÉS PAGLIANO, JOSÉ MILTON PERALTA, DIEGO ALEJANDRO PERETTI ÁVILA, CAROLINA PRADO, ALDO RISO, BRUNO RUSCA, ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES, ELBA CECILIA SAUCEDO, AÍDA TARDITTI, VALERIA TROTTI, MAXIMILIANO ANTONIO VARGAS, ROBERTO VÁZQUEZ, OSCAR TOMÁS VERA BARROS, ALEJANDRA CECILIA VERDE, MAXIMILIANO GERMÁN VIDELA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

© 2016 Copyright Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en Argentina - Printed in Argentina

NOTA PRELIMINAR

Durante el último año de actividades la agenda del Instituto de Ciencias Penales estuvo marcada por la cuestión de las posibles derivaciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en distintos campos del Derecho Penal. A tal objeto, algunas de nuestras sesiones quincenales se vieron enriquecidas por el aporte de destacados civilistas —los Doctores Juan Carlos Palmero, Gabriel Tavip, Aldo M. Azar y Manuel Cornet—, quienes ofrecieron su experiencia y sus valiosos puntos de vista sobre la materia.

En buena medida, los debates que propiciaron estas visitas se hallan recogidos en los siguientes artículos que componen el sumario de este segundo número de los Cuadernos de Ciencias Penales.

ÍNDICE

Carlos Julio Lascano

Responsabilidad parental y delitos derivados de las relaciones de familia:
incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación..... 13

José Daniel Cesano

Delito de usurpación, propiedad indígena comunitaria y error: incidencias
del Código Civil y Comercial de la Nación..... 17

Ana María Cortés

Posible impacto de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la
Nación en nuestro Código Penal respecto al exceso en las causas de
justificación y al abuso del derecho..... 21

Ana María Cortés

El consentimiento o negativa del menor al acto médico. Capacidad y
posibilidad de consentir..... 29

Valeria Trotti y Maximiliano Germán Videla

Análisis exploratorio acerca del posible impacto de las modificaciones
producidas en el Código Civil y Comercial argentino sancionado por ley
N° 26.994, con relación a los delitos contra la fe pública previstos en los
arts. 292 a 299 del Código Penal Argentino..... 45

Elba Cecilia Saucedo Quintana

Posibles problemáticas relacionadas con la entrada en vigencia del nuevo
Código Civil y Comercial argentino y sus posibles puntos de conexión con
el Derecho Penal. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana
asistida y comienzo de la existencia de la persona humana..... 51

Carolina Prado

La confluencia de los modelos de gestión del “problema de las drogas”
[a propósito de su tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial]..... 59

Diego Alejandro Peretti Ávila

La unidad del ordenamiento jurídico y la antijuridicidad específicamente
penal. Un argumento reversible..... 67

Ernesto José Cano

Impacto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho
Penal, en relación a las excusas absolutorias..... 75

María Cristina Barberá de Riso

Delitos contra la Propiedad. Posibles puntos de contacto Código Civil 2015
con el Derecho Penal. Exclusión del cuerpo humano y sus derechos de valor
comercial permitiendo su tráfico para otros fines. Propiedad y Posesión
comunitaria de las tierras indígenas y usurpación (víctima y usurpación
“entre indígenas”. Regulación de bienes, cosas, aguas. Usurpación en

uniones convivenciales para el supérstite. Usurpación y cementerios privados.
Fraudes por abuso de posición dominante. Reglas de dominio y derechos reales.
Conjuntos dominiales. Posesión de sucesores. Circunvención de incapaces y
matrimonio in extremis..... 77

Responsabilidad parental y delitos derivados de las relaciones de familia: incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación

Carlos Julio Lascano

1. Cuando en 1993 entró en vigencia de la ley 24270 ya se advertía que los tipos delictivos incorporados por dicha ley complementaria del Código Penal tenían una cercana vinculación con el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, tipificado en 1950 por otra ley de esa naturaleza, la 13944.

La reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante CCC) nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre la incidencia de dicha reforma en las leyes 13944 y 24270, y al mismo tiempo hacer un balance del impacto que la intervención del Derecho Penal ha ejercido respecto de los conflictos familiares que buscó solucionar.

2. Con respecto al **delito de incumplimiento del deber alimentario** centraremos nuestra atención en los dos primeros artículos de la ley 13944.

El art. 1° conmina las penas alternativas de prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos “*a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido*”.

A su vez, el art. 2° dispone: “*En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aún sin mediar sentencia civil: a) el hijo, con respecto a los padres impedidos; b) el adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido; c) el tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviera impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela; d) el cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa*”.

La conducta típica consiste en sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, o sea, no brindar los medios económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas del sujeto pasivo (alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica). Es un **delito especial de omisión simple, de peligro abstracto y permanente**.

3. La **Convención sobre los Derechos del Niño** (arts. 3, 4, 24 incs. a, b, c, d y e, y 27), a la que nuestro país había adherido en virtud de la ley 23849 de 1990, fue dotada de jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994; en ella se obliga a los Estados partes a asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar del menor mediante la protección de la familia y el cumplimiento de los deberes de los padres, las instituciones asistenciales y demás responsables de los menores; la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias dentro del marco de la cooperación internacional.

El **Libro Segundo del nuevo CCC** regula las relaciones de familia. En el Título I (“Matrimonio”), el capítulo 7 (“Derechos y deberes de los cónyuges”), el art. 432 CCN establece que los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho; con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en el art. 434 de dicho Código o por convención de las

partes. Dicha obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles.

El Título 3 se ocupa de las uniones convivenciales; en el Capítulo 3, **el art. 519 establece como novedad que los convivientes se deben asistencia durante la convivencia**. En un Derecho Penal de mínima intervención no se entiende bien la subsistencia de delitos de acción privada, por lo que creemos que no sería plausible agregar en ese elenco al integrante de una unión convivencial que incumple la prestación alimentaria respecto del otro integrante.

4. Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que de la ley 13944 surge una obligación autónoma de la civil, con la cual presenta una serie de diferencias. En efecto: mientras en la ley penal el alcance de la obligación alimentaria sólo se refiere a lo **indispensable para subsistir**, ello no ocurre en el Código Civil anterior ni en el art. 659 del nuevo Código.

5. Con respecto al **delito de impedimento de contacto de los padres con sus hijos no convivientes**, doctrina y jurisprudencia prevalecientes sostienen que **bien jurídico** tutelado por la ley 24270 es el específico derecho-deber de los padres no convivientes de visitar a sus hijos de edad no emancipados, para tener una adecuada comunicación con éstos y posibilitar la supervisión de su educación, que surge de la responsabilidad parental, regulada por los arts. 638, 639, 649, 652 y cc. del nuevo Código Civil.

Como vimos respecto del delito de la ley 13.944, la descripción de las conductas de los tipos básicos y agravados de la ley 24270, no se adecua exactamente a la disposición del C. Civil, pues ha sido formulada de modo autónomo, pudiendo también resguardar –en ciertos casos– el derecho de visita del padre privado de la patria potestad sobre sus hijos o cuyo ejercicio se encuentra suspendido. En el nuevo Código Civil el art. 700 contempla las distintas situaciones que determinan que cualquiera de los progenitores puede ser privado de la responsabilidad parental. A su vez, el art. 702 regula los supuestos en que el ejercicio de tal responsabilidad puede ser suspendida.

La conducta típica consiste en impedir u obstruir el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, no siendo exigible la violación de una sentencia dictada en sede civil que haya establecido un régimen de visitas. Tampoco se requiere la existencia previa de dicho régimen acordado por los padres. Ello se desprende del art. 3°, inc. 2°, segundo supuesto, de la ley 24270, que también contempla el caso de ausencia de dicho régimen.

Su estructura es la de un tipo **permanente**, porque, por la naturaleza del bien ofendido, la consumación se prolonga en el tiempo hasta el momento en que se restablezca la comunicación entre padres e hijos, tal como dispone el inc. 1° del art. 3° de la ley 24270.

En este sentido se ha pronunciado la Cámara de Acusación de Córdoba en el caso “**Loutayf, Hilda Cristina – Impedimento de contacto**” (A.I. n° 426 del 20-12-06), con el excelente primer voto de Gabriel Pérez Barberá, que constituye una verdadera bisagra en la interpretación de este delito. Tal criterio fue ratificado por el voto mayoritario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Dras. Aída Tarditti y Mercedes Blanc de Arabel), en auto n° 47 del 23-3-11, en la causa “Calos de Vit, Viviana Natacha p.s.a. impedimento de contacto – Recurso de Casación). El voto disidente de la vocal María Esther Cafure de Battistelli, basado en la opinión del Prof. Justo Laje Anaya, sostuvo que para realizar la acción típica “basta un solo hecho de impedimento u obstrucción”.

6. Dijimos en 1994 que “mantener la penalización de las conductas previstas en la Ley 24.270 significa aceptar para el *delincuente* la disminución de un bien jurídico, en este caso, la libertad. Y como toda pena, debe responder al principio de la **mínima suficiencia**, es decir, que debe representar el máximo de eficiencia con el mínimo de lesión”¹.

La incorporación en ese mismo año, con jerarquía constitucional de distintos tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 C.N.), implicó la consagración expresa del postulado del Derecho Penal como **ultima ratio**, es decir, el principio de subsidiariedad.

Por ello, no consideramos conveniente reformar la ley 24.270 para agregar como nueva hipótesis delictiva la conducta de quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, enfermas o imposibilitadas, que implique el incumplimiento reiterado del deber de permitir la comunicación de aquéllas con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, incorporado por el **art. 555 del nuevo Código Civil**. Igual reflexión nos merece el derecho de comunicación de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo, consagrado por el **art. 556 C.C.C.** Un Derecho Penal de mínima intervención no debe recurrir sin más a la pena cuando son suficientes las medidas razonables que un juez puede imponer para asegurar la eficacia del régimen comunicacional establecido por sentencia o por convenio homologado, previstas por el **art. 557 del mismo texto legal**. Ante el incumplimiento reiterado del deber de comunicación estimamos preferible que los jueces de Familia acudan con mayor frecuencia a la aplicación de sanciones conminatorias o *astreintes*.

7. Lamentablemente, la realidad confirmó nuestro escepticismo sobre la tipificación como delitos de aquellas conductas que –como ya ocurría con el incumplimiento de los deberes alimentarios– están relacionadas con el ámbito familiar. El Derecho Penal sólo está legitimado para intervenir en los conflictos extremos que evidencien una gravísima y persistente conducta antijurídica y no puedan ser solucionados por el Derecho de Familia.

¹ Suárez, María de las Mercedes – Lascano (h), Carlos Julio, *El impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes*, Advocatus, Córdoba, 1994, pp. 96 y 97.

Delito de usurpación, propiedad indígena comunitaria y error: incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación

José Daniel Cesano

1. Lo que la ley penal protege, a través de las figuras previstas en el Libro II, Título VI, Capítulo VI del Código (usurpación) es el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre un inmueble, “ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones; o sea, la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble”¹.

Desde el punto de vista de la imputación subjetiva, los incisos 1° y 2°, del artículo 181 del Código penal², son tipos delictivos dolosos, que se satisfacen con el conocimiento y voluntad de realizar el despojo mediante alguno de los medios comisivos previstos (inciso 1°) o con iguales exigencias (conocimiento y voluntad) de alterar o destruir los límites dominicales³.

Especialmente en los casos de usurpación por despojo, la doctrina científica sostiene que “la ignorancia y el error (p.ej., sobre la existencia de la tenencia por parte de un tercero) puede llegar a eliminar la culpabilidad”⁴.

2. La investigación jurisprudencial pone en evidencia la existencia de casos en los que, a miembros pertenecientes a comunidades originarias, se les ha atribuido el delito de usurpación; no obstante lo cual se ha arribado a una decisión absolutoria en función del error. En términos generales, los argumentos desarrollados se vinculan con la existencia de un error de prohibición culturalmente condicionado o de un error sobre la existencia o extensión de una situación justificante⁵.

3. ¿Qué incidencia puede tener, en este contexto, el artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación [en adelante CCyCN]?

Dispone este texto, que es consecuencia del reconocimiento constitucional derivado del artículo 75, inciso 17, de la Carta Magna⁶, que: “Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”⁷.

¹ CREUS, C. – BUOMPADRE, J. E., Derecho penal. Parte especial, T° 1, 7ª edición, Ed., Astrea, Bs. As., 2007, p. 611.

² Nos limitamos a ellas porque, jurisprudencialmente, los casos detectados, respecto de la temática que analizamos, se vinculan con aquellas figuras.

³ ABOSO, Gustavo, Código penal de la República Argentina. Comentado, concordado, con jurisprudencia, Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2012, pp. 1000/1001.

⁴ CREUS – BUOMPADRE, Derecho penal..., T° 1, op. cit., pp. 616/617.

⁵ Al respecto, cfr. CESANO, José Daniel, Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico – penal, Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2015, pp. 53/54.

⁶ Así lo reconoce, invariablemente, la doctrina que se ocupa del citado artículo. Al respecto, cfr., por todos, BUERES, Alberto J. (dirección), Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, T° 1, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 76.

⁷ El texto legal sancionado finalmente (que transcribimos en el texto), fue el producto de las reformas que se introdujeron durante el trámite parlamentario. El Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional, en cambio, establecía en su artículo 18: “Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto,

Como primer aspecto de análisis se hace necesario precisar cómo se configura el ámbito regulatorio, en esta materia, a partir del texto del citado artículo 18 del CCyCN.

Las interpretaciones al respecto no parecen ser uniformes. En este sentido, es posible observar, al menos, dos posiciones⁸:

Por una parte, existen autores que identifican la “ley” que menta el artículo 18 CCyCN con la ley 23.302 (modificada por ley N° 25.799) - Ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes –⁹.

Otra postura, en cambio, distingue dos categorías de tierras; esto es: a) las que tradicionalmente ocupa la comunidad y b) en forma adicional, aquellas otras que resulten aptas y suficientes para el desarrollo humano, que puedan corresponder a los pueblos originarios, según una “ley especial a sancionarse”¹⁰.

Desde nuestra perspectiva, la segunda es la postura más razonable; teniendo en cuenta para ello cánones interpretativos lingüísticos y sistemáticos. Desde la perspectiva gramatical, la conjunción copulativa empleada por el legislador, estaría avalando esta doble categoría. Por otra parte, pareciera que el modo adverbial utilizado por el precepto

Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva”. Por su parte, el artículo 2028 del proyecto (que sistemáticamente se ubicaba en el Libro de los Derechos Reales, Título V, bajo el epígrafe “Propiedad Comunitaria Indígena”) disponía: “La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”. El texto proyectado fue objeto de críticas. Así “se cuestionó que a las comunidades indígenas se las considerara personas jurídicas privadas (pues ellas debieron ser encuadradas como personas jurídicas públicas no estatales); que resultaba inconveniente tipificar la propiedad comunitaria indígena como un derecho real más del número cerrado, y más genéricamente se objetó su regulación en el código civil. Todavía, se agregó que la preceptiva propuesta no superaba los estándares mínimos de la Constitución Nacional y del derecho internacional exigible” (cfr. ALTERINI, Jorge H. [Director general] – TOBIÁS, José W. [Director del tomo], Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, T° 1, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p. 132). La Comisión Bicameral recogió estas observaciones y, en consecuencia, sustituyó el proyectado artículo 18, en consonancia con la supresión de los artículos relativos a la propiedad comunitaria indígena (arts. 2028 /2036). Como una buena muestra de las críticas realizadas al texto proyectado originalmente cfr. CACCIAVILLANI, Pamela, “¿Un Código para una sociedad multicultural? Algunas reflexiones histórico – jurídicas sobre el proceso de unificación de los Códigos Civil y Comercial en Argentina”, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Año IX, Número 15, 2015, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0015A009_0003_investigacion.pdf Accedido: 19/2/2016. Allí la autora expresa: “En una realidad latinoamericana caracterizada por la multiculturalidad el tema de los pueblos originarios y su regulación jurídica no puede dejar de debatirse. En Argentina la reforma constitucional de 1994 reconoció la preexistencia y derechos de las comunidades, entre ellos el derecho al territorio. En relación a este tema, el proyecto de Código en un contexto completamente distinto al primero dio tratamiento expreso a este tema a través de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho real. Mediante este ropaje jurídico la vinculación de los pueblos originarios con sus tierras fue desnaturalizada y reducida a una categoría patrimonialista. El contenido de esta forma de propiedad desarrollado por instrumentos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Constitución Nacional no fueron receptados por el proyecto. Esta falta de diálogo muestra que el proyecto no estaba en consonancia con el texto constitucional.” (p. 36).

⁸ Decimos “al menos” porque autores como Jorge H. Alterini, Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, T° 1, op. cit., p. 133, reconoce cuatro categorías de tierras comunitarias. En efecto, además de las dos que, según el parecer de este autor, reposan en el art. 18 CCyCN, los artículos 14, inc. 1° y 16, inc. 4°, del Convenio 169 de la OIT, darían lugar a otras dos categorías.

⁹ Así, LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T° I, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 84.

¹⁰ ALTERINI, Jorge H. [Director general], Código Civil y Comercial Comentado..., T° 1, op. cit., p. 132.

(“tradicionalmente”) se concreta en aquellas tierras cuya adjudicación corresponde a las comunidades en los términos del artículo 7 de la ley 23.302¹¹.

4. ¿Qué sucedería si un miembro de un pueblo originario realizase actos de tenencia, posesión o dominio sobre tierras que considera **erróneamente** como propiedad comunitaria?

Esos actos pueden ser configurativos de alguna de las figuras de usurpación cuando, aquella tenencia, posesión o dominio, **correspondan legítimamente a terceros**¹².

Sin embargo si el error no fuese imputable (artículo 34, inciso 1º, Código Penal [en adelante CP.]) aquella conducta no producirá, respecto de su autor, consecuencias jurídico penales.

Desde luego que, si el déficit de conocimiento recae sobre extremos fácticos (V.gr. creer, equivocadamente, que la propiedad comunitaria se extiende hacia tal o cual sector, cuando no es así), la solución dogmática debiera reconducirse a un error de tipo.

Sin embargo, es posible que el caso pueda subsumirse, también, en un error sobre la existencia misma de una causa de justificación – ejercicio legítimo de un derecho (art. 34, inciso 4º, CP) -.

Justamente en relación a esta última situación es que, la nueva disposición del CCyCN puede generar alguna incidencia particular.

Y sostenemos esto porque, de acuerdo a cómo sea interpretado el art. 18 CCyCN, será la extensión que pueda adjudicarse a tal derecho (propiedad comunitaria de las tierras).

En tal sentido, quienes consideren que dicha norma no se identifica **exclusivamente** con aquellas tierras adjudicadas en función del artículo 7, 1º párrafo, de la ley 23.302; receptando, dentro del concepto de propiedad comunitaria **a una segunda categoría** conformada por aquellas superficies que resulten aptas y suficientes para el desarrollo humano, que puedan corresponder a los pueblos originarios (según una “ley especial a sancionarse”); podrían entender que el CCyCN **está autorizando** la realización de actos sobre tierras que, no obstante no estar situadas en el lugar donde habita la comunidad, pudiesen resultar aptas para su desarrollo. La situación aún puede complicarse más si se completa esta norma (art. 18 CCyCN), conforme a esta interpretación, con los artículos 14, inc. 1º y 16, inc. 4º, del Convenio 169 de la OIT; las cuales, según algunas opiniones, estarían conformando otras dos categorías diversas¹³.

El miembro de una comunidad que realice estos actos conforme a la interpretación de esta cobertura normativa estaría obrando en la **creencia** de que su situación se encuentra amparada por una regla jurídica que así lo autoriza; motivo por el cual, aquellos actos, aparecerían, en su percepción, como el ejercicio legítimo de un derecho. Esta creencia, sin embargo, podría ser errónea desde que, el art. 18 CCyCN se limita a determinar una segunda categoría de tierras, **pero lo hace por remisión a una ley que, hasta el momento, no ha sido dictada por el Congreso de la Nación**¹⁴.

¹¹ Expresa el artículo 7, 1º párrafo, de la ley 23.302: “Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad (...)”.

¹² Es decir: cuando jurídicamente no sean tierras integradas dentro de la propiedad comunitaria.

¹³ Al respecto, ver la bibliografía señalada en la nota nº 8.

¹⁴ Recuérdese que, de acuerdo a esta interpretación, la ley a que alude el art. 18 no se identifica con la ley 23.302.

5. La fuente de una situación justificante debe descansar en la ley. Por supuesto que no debe tratarse exclusivamente de una norma jurídico – penal. En rigor, como correctamente apunta Maurach – “el número de causales de justificación es pequeñísimo”¹⁵; debiendo consultarse, para determinarlas, la totalidad del ordenamiento jurídico¹⁶. Sobre tal base, es evidente que la mayor o menor latitud interpretativa que se dé respecto del art. 18 CCyCN, puede tener una marcada incidencia al momento de evaluar la posibilidad de una concurrencia de un error sobre la existencia de un ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido estimamos que la ambigüedad del citado precepto, lo torna inconveniente. Por tal razón hubiese sido más apropiado no introducir esta cláusula y, en su lugar, regular **integralmente la propiedad comunitaria de la tierra en una ley especial**; basada en estudios antropológicos que diesen sustento empírico al legislador.

¹⁵ MAURACH, Reinhart – ZIFF, Heinz, Derecho penal. Parte general, T° 1, Bs. As., Ed. Astrea, 1994, p. 428 (Trad. J. Bofill Genzch y E. Aimone Gibson).

¹⁶ CESANO, José Daniel, “Tendencias actuales de la teoría general de las causas de justificación”, en Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho penal. T° III – Coedición Pontificia Universidad Javeriana – Temis, Bogotá, 2010, p. 403.

Posible impacto de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación en nuestro Código Penal respecto al exceso en las causas de justificación y al abuso del derecho

Ana María Cortés¹

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es tratar de visibilizar el posible impacto de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación en una interpretación congruente del sistema jurídico para la aplicación del Código Penal, especialmente en lo relativo al Exceso en las Causas de Justificación y al Abuso del derecho.

PALABRAS CLAVES: Impacto. Código Civil y Comercial. Código Penal. Justificación. Exceso. Abuso.

INTRODUCCIÓN

Para la redacción de este documento se analizaron, especialmente, las disposiciones del Código Civil y Comercial sancionado por Ley 26994/14, sus Fundamentos, el Código Civil derogado, el Código Penal y sus Proyectos de reforma, además de textos de Doctrina y Jurisprudencia. Se considera relevante lo dispuesto por el art. 10 del Código Civil y Comercial (texto semejante al art. 1071 del Código Civil anterior) que nos provee de las voces a partir de las cuales es viable realizar el presente escrito.

Atento a que los derechos deben ejercerse de acuerdo a la ley, la moral y las buenas costumbres, de así no hacerlo aparecen el exceso, el abuso y el fraude a la ley.

Desde la Jurisprudencia, es en la legítima defensa, en el derecho de corrección de los padres, en el estado de necesidad y en el cumplimiento de un deber por parte de funcionarios policiales, donde encontramos la mayor cantidad de situaciones de excesos resueltos por los Tribunales del fuero penal. El temor de repetición de la agresión, el miedo, el que repele el ataque injusto en las condiciones de la legítima defensa y sigue castigando a la víctima inerte por los golpes recibidos, el error en la apreciación del peligro o en los medios para la repulsa, el pensar que es víctima de un ataque que no existe, son algunas causas de la conducta exagerada².

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El desafío de este estudio es tratar de percibir los impactos que podrían tener las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para la interpretación y aplicación de nuestro Derecho Penal en los casos en los cuales se deba recurrir a estas disciplinas para la solución del conflicto.

Si bien son varias las instituciones contenidas en el Código Civil y Comercial vigente que se mantienen semejantes a las disposiciones del Código Civil, existen otras

¹ Ana María Cortés. Abogada. Ex Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC y de la Facultad de Abogacía, UBP. Córdoba. Ex Directora del Departamento de Concursos Docentes de la FDYCS de la UNC. Miembro Titular del Instituto de Ciencias Penales de la Academia de Nacional de Derecho de Córdoba.

² Cortés, Ana María. "Un breve análisis sobre el ir más allá de lo permitido. Exceso y error en las causas de justificación". Conferencia dictada en las Jornadas de Homenaje al Dr. Jorge de la Rúa. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Córdoba, 18 de septiembre 2015.

áreas donde el cambio de paradigma es notorio y las modificaciones producidas regulan las nuevas costumbres existentes en la sociedad actual.

II. DESLINDE AL MARCO TEÓRICO

Este análisis comparativo mínimo del articulado de los cuerpos legales bajo estudio, nos lleva a mantener la posición de la Unidad del Derecho y que sus ramas, a pesar de su especialidad, se nutren unas de otras para una comprensión coherente de lo dispuesto en ellas³.

El principio de congruencia, en la interpretación sistemática, permite la aplicación de la interdisciplinariedad constructiva del universo jurídico pero sin perder el Derecho Penal su autonomía para la aplicación de sus normas, siendo su carácter no sólo sancionatorio sino, en ciertos casos, constitutivo de ilicitudes tanto para restringir o ampliar lo dispuesto en otras ramas del Derecho dentro de un marco de legalidad y reserva⁴.

Se puede hacer notar que si bien nuestro Derecho interviene *a posteriori* de un hecho considerado delito por la ley, en el Código Civil y Comercial se observa una importante función preventiva que de traducirse positivamente en la sociedad, impactaría en la aplicación del Derecho represivo disminuyendo el índice de criminalidad.

Nuestras leyes penales, además de una función retributiva, también poseen una finalidad de protección de bienes jurídicos, mediante la prevención limitada de motivación a los ciudadanos para que no delincan dentro de un determinado sistema social de convivencia⁵.

Aida Kemelmajer de Carlucci⁶, habla de la función de cohesión y del Código Civil y Comercial como instrumento de integración al sistema que es posible por la incorporación de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos consolidándose con el auxilio de la Jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones.

En consecuencia, el impacto en nuestra disciplina se verificará, específicamente, con las decisiones de los Jueces al resolver los casos concretos, con las críticas que se le han hecho a la amplia potestad otorgada a ellos por la cláusula del art. 10⁷.

III. RELEVAMIENTO DE DATOS

A partir de la lectura de las disposiciones del Derecho Privado sustantivo en cuestión, se elabora el siguiente Relevamiento de datos a los fines de considerar su po-

³ Sobre la Unidad del orden jurídico, la doctrina es pacífica tanto en autores nacionales como extranjeros, por ej. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Alagia – Slokar. “DERECHO PENAL. Parte general”. Edit. EDIAR. Buenos Aires. Argentina, 2003. JAKOBS, Günther al referirse a “El postulado de la unidad del ordenamiento jurídico” en su *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997.

⁴ Considerar los Elementos normativos del Tipo penal.

⁵ Conf. MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Tirant lo blach. Libros. Valencia 2012. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición. Producción PPU S.A. Barcelona, 1996.

⁶ Prólogo al *Código Civil y Comercial Comentado* de Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus 2015. Tomo I y sobre la Constitucionalización del Derecho Privado Patrimonial, ver *Código Civil y Comercial para la Nación Comentado*. RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2014.

⁷ PRIETO MOLINERO, Ramiro. *El abuso del Derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*. Revista Derecho Privado. Año I, N° 2. Ediciones Infojus p. 209 y ss. Doctrina.

sible incidencia en nuestro Derecho Penal positivo sin pretender con ello el agotamiento del tema.

III.1. EXCESO

Comportamiento que sobrepasa los límites de lo que se entiende socialmente como correcto, admisible o lícito. Cosa que sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito. Sobrepasar lo establecido como normal.

Código Civil y Comercial. Si bien el exceso no está regulado expresamente, surge, en general, de un análisis sobre las disposiciones del Código y, específicamente, del Título V, Capítulo 1 sobre “Responsabilidad civil” (arts. 1708 y ss) donde se incorpora en el art. 1717 “La antijuridicidad” y en el art. 1718 las eximentes de: “Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho”. En los Fundamentos se lee que integran la Responsabilidad tres supuestos: la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva (arts. 1711 y 1714) Además se amplían las normas generales sobre responsabilidad con las causales de justificación, asunción de riesgos, factores de atribución y consentimiento del damnificado. (Arts. 1718, 1719, 1720, 1721/24). En el art. 1730 se hace referencia al Caso fortuito o Fuerza mayor como eximente de responsabilidad y el art. 1716 menciona el deber de reparar dentro de la función resarcitoria. También hablan del exceso los arts. 376, 1973 y 2386.

Código Penal. Art. 35: “*El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia*”. El exceso a que se refiere el art. 35 del CP no se presenta como una figura totalmente autónoma ya que se basa en los diferentes casos contemplados en el artículo anterior y, esencialmente, debe preexistir una causal objetiva de justificación.

Vinculados:

CP. Parte General: Art. 34 incs. 3, 4, 5, 6, 7. **CP. Parte Especial:** arts. 86.1.2, 111.1, 152. En las denominadas Autorizaciones legales, considerar el Consentimiento del ofendido, especialmente en la práctica de los deportes y en la actividad curativa⁸. **Código Civil** derogado art. 1071 y art. 514.

Proyectos de reforma: El Anteproyecto de Código Penal para la Nación del año 2014, en el art 5 del **Título II: HECHO PUNIBLE**, se tratan las: **Eximentes** y en el art. 6° la **Pena por culpa. Disminución de la pena**, hablando del error de tipo, del error directo e indirecto de prohibición (este último constituyendo la llamada justificación putativa) y **del exceso**.

III. 2. ABUSO

Ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno. Acto realizado usando un derecho objetivamente legal que causa un daño a un interés no protegido específicamente por otro derecho⁹.

Código Civil y Comercial.

Art. 10: Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no

⁸ Respecto a las Autorizaciones médicas ver: Cortés, Ana María. *El consentimiento o negativa del menor al acto médico. Capacidad y posibilidad de consentir*. Inst. Ciencias Penales. Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Córdoba, 2015.

⁹ PRIETO MOLINERO, Ramiro J. *El abuso del derecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*. Revista Derecho Privado. Ediciones Infojus, Año I, N° 2. Doctrina, p 209 y ss. y en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela. (Directores) *Código Civil y Comercial para la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2014.

ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Art. 11: Abuso de posición dominante. La buena fe y el no abuso del derecho se aplican a los casos de abuso de una posición dominante en el mercado, más allá de regir también disposiciones específicas previstas por las leyes especiales.

Art. 14: Derechos individuales y de incidencia colectiva. ...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva.

Art. 144. Inoponibilidad de la persona jurídica. Constituye una regla de moralización de las relaciones jurídicas y de control de orden público que se eleva a estatus normativo.

Art. 638 y ss. Responsabilidad parental y el art. 647 sobre: Prohibición de malos tratos.

En el Capítulo II de los Contratos de consumo, se hace referencia a las Prácticas abusivas sobre este tema en los Arts. 1096 y ss. y en el **Capítulo 4** a las Cláusulas abusivas: arts. 1117 al art. 1122.

En Otras Fuentes de las Obligaciones. Sección 4ª. Garantías unilaterales, art. 1810, último párrafo, considera el fraude o abuso del beneficiario.

También se pueden citar la **Circunvencción de los incapaces** y el **art. 2436** que habla del **Matrimonio in extremis**.

Vinculados:

Código Penal, art. 20.c.2 del CP al tratar en la Inhabilitación especial, el abuso en el ejercicio de la patria potestad. **Art. 174. 2:** Circunvencción de los incapaces. **Código Civil derogado:** art. 1071 y art 278. **Ley 25156 de Defensa de la Competencia**, art. 1. **Constitución Nacional**, arts. 41 y 43. Derechos de incidencia colectiva.

III.3. BUENA FE

La **buena fe** (del latín, *bona fides*) es un principio general del Derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad o la rectitud de una conducta. Exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. Recíproca lealtad.

Código Civil y Comercial. Art. 9: Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. La buena fe es la que debe marcar las exigencias para el ejercicio de los derechos.

Vinculados:

CC derogado, art. 1198.

III. 4. MORAL

Conjunto de facultades del espíritu por contraposición a físico. Que no concierne a lo jurídico sino al fuero interno o al respeto humano. La **moral** es un conjunto de **normas, valores y creencias** existentes y aceptadas en una **sociedad** que sirven de modelo de conducta y valoración para establecer lo que está **bien** o está **mal**. Como **materia de estudio**, se centra en el análisis a distintos niveles (filosófico y cultural, entre otros) de conceptos como el bien y el mal relativos a la conducta del ser humano dentro de una sociedad.

Código Civil y Comercial. En el art. 431 se habla de “el deber moral de fidelidad” aunque la infidelidad no puede ser invocada como causal para el divorcio (ver art. 438) siendo también rechazada por la Jurisprudencia y aunque así no fuera, lo dicho no impactaría en el Código Penal ya que el Adulterio fue suprimido por Ley 24453 del 7/3/1995. Se modifica, de esa manera, lo dispuesto en el Código Civil derogado (art. 202), desaparece también, la obligación de invocar una causal para el Divorcio.

III. 5. BUENAS COSTUMBRES

Costumbre: Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto. Buenas costumbres: Es la conciencia práctica de la dignidad humana expresada en el respeto que cada persona merece. Mencionada en **el art. 21 del Código Civil derogado** al referirse a las convenciones particulares.

III. 6. FRAUDE A LA LEY

Fraude: Engaño que se hace para sacar provecho o beneficio, especialmente si perjudica a alguien, y que está penado por la ley. Fraude a la ley: Es la realización de una estafa o fraude por medio de un acto o negocio jurídico amparándose en una normativa existente con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos que, no siendo los propios de esa norma, sean además contrarios a otra ley existente del ordenamiento jurídico. El fraude de ley puede suponer la nulidad de la norma aplicada si es contraria al ordenamiento jurídico superior.

Código Civil y Comercial. Art. 12. Orden público. Fraude a la ley. Incorpora el concepto o figura de “fraude a la ley”. Por ello se alude a aquel acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, con el objetivo de lograr un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa.

El Código Civil y Comercial sistematiza normas de **Derecho Internacional Privado** que se hallaban dispersas. Se establece el Fraude a la ley en el art. 2598.

Vinculados.

CC derogado: art. 21

CONCLUSIONES

En particular y de manera relevante, observamos que el Código Civil y Comercial, rescata la persona humana colocándola en el centro del sistema jurídico con una mirada puesta en su dignidad¹⁰.

En el Ejercicio de los derechos del Título Preliminar, Capítulo 3, regula la Buena fe, el Abuso del derecho¹¹, el Abuso de posición dominante en el mercado y el Fraude a la ley.

Al hablar de la Responsabilidad civil, en el Título V Cap. I, se incorpora un concepto de Antijuridicidad y un listado de Causas de Justificación.

¹⁰ Título I: Persona Humana, Capítulo 3º: Derechos y actos personalísimos, también al referirse al Consentimiento, a la Autonomía de la voluntad, etc.

¹¹ Semejante a lo dispuesto en el art. 1071 del Código Civil derogado. En el Código Civil y Comercial para la Nación Comentado vigente de Rivera – Medina (citado supra) RABBI BALDI CABANILLAS, Renato y SOLÁ, Ernesto, en “El ejercicio de los derechos”, se refieren a la recíproca lealtad en el principio de Buena fe, siguiendo a Lavalle Cobo y parten de la idea de corrección material como criterio limitativo del Abuso.

También puede decirse, entre otras cosas, que al disponer en el art. 19 del Código Civil y Comercial que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, manteniendo el texto del art. 63 del Código derogado, se zanjarían discusiones sobre el tema, incidiendo en nuestro Código Penal en lo relativo al Aborto pero lo dicho debe vincularse con la Cláusula transitoria Segunda del art. 9, Anexo II de la Ley 26994 que expresa “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Corresponde al art. 19 del CCyC de la Nación) lo que nos llevaría a otra línea de análisis a considerar.

De otro costado, los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de adecuarse a la realidad social actual, pueden influir en nuestra disciplina, en materias como, por ejemplo, el Derecho de Familia en el cual rige el principio de libertad e igualdad sea en la institución del Matrimonio o en las Uniones convivenciales (determinando sus presupuestos) a partir del principio de autonomía de la voluntad, especialmente en el régimen patrimonial.

Respecto a la Responsabilidad parental, además de establecer la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en concordancia con su edad y madurez, lo *regulado* no modifica el pensamiento habitual de nuestras normas que se nutren no solamente de la Ley sino de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales los cuales son de uso constante en la aplicación del Derecho Penal.

La prohibición de malos tratos contenida en el Código Civil y Comercial en su art. 647, no hace más que acentuar lo dispuesto en los cuerpos legales y la Jurisprudencia desde hace largo tiempo en relación al poder de corrección de los padres sobre sus hijos menores, al igual que el art. 278 del Código Civil derogado.

La Circunvención de los incapaces y los Matrimonios in extremis también pueden impactar en nuestras normas penales adecuándose a lo dispuesto en el art. 174.2.

En los contratos de Consumo, los principios generales se complementan con la Ley 24240 de Defensa del consumidor regulando cláusulas abusivas, de información y publicidad.

Finalmente, lo dicho precedentemente sólo son algunas posible situaciones en las que el exceso y el abuso pueden surgir, tanto en el Derecho Civil y Comercial como en el Derecho Penal, cuando los derechos no se ejercen de acuerdo a la ley, la moral o las buenas costumbres y sus consecuencias jurídicas dependerán de la actitud subjetiva del autor al cometer el ilícito derivando en una responsabilidad culposa o dolosa.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina, 2012.

DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aida. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina, 2015.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Segunda Edición. Tomo III, p. 208*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970.

HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián. *Prólogo al Código Civil y Comercial Comentado 1ª Edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus 2015. Tomo I

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans – Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*- Edit. Comares - Granada. 1993.

LASCANO, Carlos. *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*. Edit. Advocatus. Córdoba, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición. PPU. SA. Barcelona. 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Tirant lo blach. Libros. Valencia 2012.

NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Lerner, 2009.

PRIETO MOLINERO, Ramiro J. *El abuso del derecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*. Revista Derecho Privado. Ediciones Infojus, Año I, N° 2. Doctrina.

RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela. (Directores) *Código Civil y Comercial para la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. T. I, Edit. Civitas. S.A. 1997.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Edit. TEA. Buenos Aires, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - Alejandro Alagia- Alejandro Slokar. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. EDIAR. Buenos Aires. 2003.

CÓDIGOS: Código Civil y Comercial de la Nación – Código Civil (derogado). Código Penal.

PROYECTOS DE REFORMA: Anteproyecto de Reforma del Código Penal para la Nación.

El consentimiento o negativa del menor al acto médico.¹

Capacidad y posibilidad de consentir.

Ana María Cortés

RESUMEN: En este escrito se analiza la posibilidad de consentir del menor de edad de acuerdo a su aptitud o competencia, sobre la propuesta del acto médico que lo involucra, partiendo de lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Penal Argentino, el Derecho Comparado, la Doctrina y la Jurisprudencia.

PALABRAS CLAVES: Menores. Capacidad. Consentimiento. Acto médico.

I. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que las relaciones interpersonales en la sociedad han cambiado y las regulaciones jurídicas también. En el ámbito privado se observan, en general, algunos aspectos valorativos explicitando principios como: la Constitucionalización del Derecho Privado, Identidad cultural Latinoamericana, igualdad, no discriminación, regulación de los derechos individuales y colectivos, nuevos bienes que si bien no poseen valor económico son de utilidad para las personas (órganos, sangre, genes), mayor seguridad jurídica en las transacciones comerciales, sociedad multicultural, etc.

Se han tomado como antecedentes esenciales para la redacción de la ley civil y comercial, la Constitución Nacional reformada en el año 1994, los Tratados internacionales de Derechos humanos a ella incorporados, los Proyectos de integración y Codificaciones latinoamericanas, los Proyectos de reforma previos, la doctrina y la jurisprudencia.

Ante la aprobación del Código Civil y Comercial para la Nación por ley 26.994 del 1º de octubre de 2014, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015, se hace necesario, en consecuencia, analizar ciertos temas a la luz de este cuerpo legal, comparándolo con la Ley Penal vigente, el Anteproyecto de Código Penal para la Nación y algunas leyes especiales.

Y como el Derecho es una unidad en el cual no debe haber contradicción entre sus partes (principio de congruencia), es preciso reflexionar sobre cómo influyen estos cambios en las otras ramas del Derecho, principalmente, en lo relativo al art. 34 inc. 4 de nuestro Código Penal respecto al ejercicio legítimo de autoridad.

En especial, resalta un nuevo tratamiento sobre la patria potestad que no solo cambió su denominación a *responsabilidad parental*, sino que con el concepto de la *capacidad progresiva de hecho y de ejercicio*, también disminuyó el poder de decisión de los padres sobre los hijos, tema que posee incidencia directa en el tema que nos ocupa.

El tratamiento del consentimiento o rechazo por el paciente menor de edad a la propuesta del acto médico, especialmente la regulación en materia de cuidados y deci-

¹ También puede verse de la autora: *Algunos conceptos de la problemática penal aplicables a la actividad curativa*. Publicado en el libro Homenaje a Claus Roxin: Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, p. 533. Además: *El ejercicio de la actividad curativa vs el consentimiento del paciente*. Ponencia presentada en el Congreso de Responsabilidad Médica. Santiago de Compostela. España. (2011).

siones sobre su salud, es el eje de este trabajo haciendo necesaria una interpretación armónica respetando su “interés superior”.

II. LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA IMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE Y EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA LA NACIÓN

En los diferentes grupos etarios dispuestos por la **ley civil**, se observa una idea de autonomía progresiva de la voluntad de la persona, por ello es preciso diferenciar en cada caso, la posibilidad de decidir que tiene el menor que va la consulta, sobre la propuesta del médico en pos de su salud.

Si bien los códigos generalmente, no dan conceptos, se puede decir que la capacidad: en el ámbito civil², es la aptitud o grado de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y, en el Derecho Penal³, se habla de imputabilidad como la capacidad de ser penalmente culpable. En ambos, se enumeran a los incapaces.

El Código Civil y Comercial para la Nación, en su Capítulo segundo trata la **Capacidad** y en la Sección primera distingue la capacidad *de derecho y de ejercicio*, esta última denominación reemplazaría la capacidad de hecho.

El art. 22 dispone: **Capacidad de derecho**. *Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados.*

Y en el art. 23 se lee: **Capacidad de ejercicio**. *Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.*

Seguidamente, el art. 24 enumera las **Personas incapaces de ejercicio**:

- a) *La persona por nacer,*
- b) *La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo,*
- c) *La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

En lo que se refiere al **ámbito penal**, para determinar la imputabilidad del autor del hecho, se recurre a un criterio bio-psicológico-jurídico-valorativo, y en lo que respecta a la falta de madurez mental, ella se asienta en una presunción, sin admitir prueba en contrario, dada por la edad en la cual se considera que el menor de 16 años no posee un desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto y dirigir las propias acciones⁴. Es decir que en nuestro país no se realiza un juicio sobre la capacidad psíquica del menor de 16 años, sólo se aprecia la edad en un criterio biológico.

Y en el Anteproyecto de Código Penal para la Nación, se establece en su art. 4º. 2 “Este Código se aplicará a los hechos cometidos por mayores de dieciocho años y a los hechos imputables a personas jurídica. El régimen penal de menores se establecerá en una ley especial.”

III. PAUTAS LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD

A los fines del tema que nos ocupa, nos referiremos a la persona menor de edad contemplada en la Sección 2ª “**Personas menor de edad**” que en su art. 25 dispone:

² Código Civil derogado, arts. 51, 52 y ss al hablar de las personas de existencia visible.

³ Código Penal, art. 34 inc. 1.

⁴ Ley 22.278 modificada por la ley 22.803.

“Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

Al referirse el art. 26 al **Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad**, establece:

*”.....Se presume que el adolescente entre **trece y dieciséis años** tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.*

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

*A **partir de los dieciséis años** el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.*

En los **Fundamentos** se explicita que las modificaciones importantes se producen en la capacidad de ejercicio a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del niño y a la Convención internacional de las personas con discapacidad.

De allí: la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas limitaciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar la opinión de esas personas, etc. En este contexto se incorpora “el adolescente” y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad.

Se regula, específicamente, la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado que han desarrollado la autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional.

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 ellas⁵.

Se considera que el consentimiento es libremente revocable y se prevén directivas anticipadas.

Estas disposiciones se encuentran recogidas en el Capítulo 3: **Derecho y actos personalísimos.**, arts. 55 a 61, del Código Civil y Comercial de la Nación bajo análisis.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PARA REFLEXIONAR:

Ante lo novedoso de estas normas es preciso reflexionar sobre las siguientes cuestiones:

1. Si los límites de edad mencionados en el art 26 son rígidos,
2. Cuáles son los criterios que deben prevalecer cuando la legislación especial sanitaria consagre una pauta diferente y
3. En qué consiste el interés superior del niño.

⁵ Sustituyéndose los vocablos: prácticas eugenésicas.

Primera Cuestión:

Para Sandra M. Wierzba⁶ en su artículo “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, tales edades no deben considerarse como pertenecientes a categorías rígidas ya que son una presunción iuris tantum a ser aplicada con cautela debido a las diferentes y complejas cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas y las diferencias en el grado de madurez física y psíquica que suelen presentar los adolescentes de la misma edad.

De otro costado, también debe tenerse en cuenta, lo relativo a la distinción entre tratamientos médicos invasivos o riesgoso y los que no lo son.

En la actualidad muy pocos procedimientos médicos pueden calificarse de no invasivos ni riesgosos y, si de tal concepto depende la aptitud de un joven de trece a dieciséis años decidir sobre un tratamiento de forma autónoma, debe prestarse especial cuidado al interés superior del niño relacionando el tema con la responsabilidad parental.

Segunda cuestión:

Ante la diversidad de leyes sanitarias vigentes especiales como; trasplante de órganos⁷, transfusiones sanguíneas⁸, leyes de lucha contra el SIDA, contra el Mal de Chagas, Profilaxis contra la rabia, etc. y disposiciones generales de atención de la salud, como: Ley de derechos del paciente, historia clínica, consentimiento informado, ley de salud sexual y reproductiva⁹, directivas médicas anticipadas¹⁰, etc. agregándose a ello la

⁶ Integrante de la Comisión de Bioética conjuntamente con los Dres. Salvador Bergel, Lily Flah y Eleonora Lemm.

⁷ Ley 24193 (18 años - donaciones para trasplantes entre vivos) modificada por la ley 26066 de donante presunto de restos cadavéricos que dispone que la persona debe ser capaz y mayor de 18 años, en el caso de menores de 18 años no emancipados deciden los padres o sus representantes legales sobre la donación de órganos y tejidos y en ausencia de éstos interviene el Ministerio Pupilar. Otros casos a considerar son, por ejemplo: trasplante de carácter renovable como la médula ósea y ¿si un joven de 16 años decide donar de forma autónoma en vida un órgano no renovable a tenor de los arts. 26 y 59 del CC y C.? o con el acuerdo de sus progenitores la decisión tuviere lugar a los trece o catorce años, teniendo en miras la salud de un hermano del adolescente – dador?

⁸ La extracción de una mínima cantidad de sangre con fines de investigación de un delito o ligada a conocer la identidad (casos de violaciones a los derechos humanos) han propiciado a la Corte Suprema de Justicia que se pronunciara en distintas oportunidades, en los cuales se consideraron dichas extracciones sanguíneas intervenciones corporales inofensivas, causantes de una ínfima perturbación, por ej. Fallo 318.2518.

⁹ Ley 25673 (2003). La Reglamentación a dicha ley crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en su art. 4 dispone “A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de adolescentes menores de catorce años”. En la ley 418 de la CABA las decisiones sobre salud sexual y reproductiva se habilitan desde “la edad fértil”.

¹⁰ Art. 60 del C. C. y C requiere plena capacidad, es decir el interesado debe ser mayor de edad en un todo de acuerdo a lo previsto por la ley 26529 de los Derechos del Paciente. Esta exigencia ha sido cuestionada por algunos juristas por excluir a niños competentes de la posibilidad de dejar establecida su voluntad al respecto ya que lo consideran un derecho personalísimo el derecho a morir con dignidad. Este tema lo podemos vincular con la “muerte digna” y las negativas religiosas a la transfusiones sanguíneas. Por el contrario se considera que la adolescencia es una etapa de transición en la cual existen variados miedos presentes y que los continuos cambios afectan tanto el cuerpo como la mente y lo dispuesto por el legislador (18 años) se ajusta a una realidad en general. Los casos particulares pueden tener un diferente tratamiento según lo decidan los intérpretes de la ley en casos puntuales.

coexistencia de leyes de nivel nacional y provincial, se hace preciso repensar si pueden proponerse principios generales o realizar, dentro del marco del código, una interpretación casuística.

Tercera cuestión:

La actitud de los profesionales de la salud respecto de la toma de decisiones en los niños ha cambiado en el tiempo, históricamente se respetó la autonomía y la integridad de la familia en la toma de decisiones, pero hacia los años setenta frente a las situaciones de abuso infantil empezó a emerger *el estándar del mejor interés del niño*¹¹.

Posteriormente, asociado al desarrollo de una mayor capacidad de gobierno de los menores ha surgido la tendencia de involucrar a los niños en la toma de decisiones respecto del cuidado de su salud, reenfocando la autoridad de los padres como representantes de sus hijos, a una responsabilidad compartida entre el médico, los padres y los niños, lo cual favorece a los menores, al brindarles una sensación de mayor control sobre sus vidas a pesar de la enfermedad y una mejor respuesta al tratamiento, sin que esto signifique que sean capaces de tomar decisiones por sí solos.

El deber de un médico es propiciar el desarrollo de los niños como sujetos morales, evitar la influencia excesiva de los padres, reconocer los valores y proyecto de vida del menor, así como entenderlos y propiciar la toma de decisiones cooperativas y conjuntas entre la familia, el niño y el equipo de salud, centrado en el mejor interés del niño y respetando los valores, creencias e integridad del grupo afectivo siempre que sea posible.

Bajo esta directriz es importante entonces, que el médico distinga los límites del criterio de los padres en la toma de decisiones, propicie el diálogo y escuche los intereses de los niños para involucrarlos en su propio tratamiento. Una propuesta para la obtención del consentimiento informado en niños, es que este sea construido entre la familia con sus reglas y el menor.

V. CONSENTIMIENTO

El consentimiento informado es el soporte documental de un proceso de comunicación que debe ser gradual y continuo dentro de la relación médico-paciente y que delimita el campo dentro del cual se puede desenvolver lícitamente la atención centrada en los valores, creencias y expectativas del paciente.

Si bien la ley 26.742 “Ley sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado” que modifica a la ley 26.529 “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud” y la ley 26.657 “Ley Nacional de Salud mental”, hacen referencia al tema del Consentimiento, son los arts. 55 y 56 del Código Civil y Comercial para la Nación los que hacen mención específica al consentimiento al hablar de “Los derechos personalísimos” y los “Actos de disposición del propio cuerpo”.

El art. 59 del mismo cuerpo legal nos ofrece un concepto, dando las pautas para la información que debe brindar el médico, además de contemplar otras situaciones.

Art. 59: *El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.*

“El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

¹¹ Contenidos en la “Convención sobre los derechos del niño” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y sancionada por ley 23849 del Congreso de la Nación Argentina promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

- a) *Su estado de salud.*
- b) *El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos.*
- c) *Los beneficios esperados del procedimiento.*
- d) *Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.*
- e) *La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto.*
- f) *Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.*
- g) *En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinario o desproporcionado en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan sufrimientos desmesurados, o tengan por el único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.*
- h) *El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.*

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente, o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto o inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir el consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Llevando el tema a la problemática del menor, es conveniente precisar algunos conceptos.

VI. CARACTERÍSTICAS DE LA AUTONOMÍA EN PEDIATRÍA¹²

La autonomía es la capacidad que tienen las personas racionales, como sujetos morales, para deliberar o razonar sobre sus fines o proyecto de vida y obrar de conformidad; permite el gobierno de los actos individuales y da razón de estos. Involucra dos preceptos éticos:

1. Todas las personas deben ser tratadas como agentes autónomos.
2. Todas las personas con disminución de la autonomía tienen derecho a protección.

Las personas adquieren la capacidad de ser autónomos a través de un proceso de desarrollo de su capacidad cognitiva y de su voluntad, que los hace ser capaces de tomar decisiones superando la influencia de sus padres o pares o por experiencias vitales, como es el caso de los adolescentes.

La ley protege al menor durante este proceso, delegando en sus padres, tutores, instituciones o el mismo Estado, el acompañamiento para el ejercicio de este derecho

¹² Conforme al artículo “Dimensiones del consentimiento informado en Pediatría” elaborado por la Médica Pediatra Ana Isabel Gómez Córdoba.

como lo dispone el art. 43 del Código Civil y Comercial para la Nación, al referirse al “Sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad”.

a) Autonomía y relación médico paciente

Tradicionalmente, el modelo de relación médico paciente fue de índole paternalista, en el cual el profesional de la salud fundamentado en el principio de beneficencia tomaba las decisiones que consideraba necesarias para el cuidado de la salud del paciente. Actualmente la relación está centrada en la autonomía del paciente, en su capacidad para gobernar sus derechos que exige al médico discutir y respetar las preferencias de cuidado del enfermo o de su representante legal, como en el caso de los menores de edad o personas con enfermedad mental.

El derecho que tiene el paciente de ser autónomo e intervenir en las decisiones respecto de su salud, para permitir o rechazar un tratamiento, se manifiesta en el acto médico, con el consentimiento informado.

b) Autonomía y consentimiento informado

Un paciente puede consentir cuando cumple con las siguientes características: competencia, voluntad libre e información.

Un paciente es **competente** si entiende la información clínica presentada, su situación y las consecuencias de no recibir tratamiento, es capaz de razonar y discutir acerca de sus decisiones y está apto para comunicar claramente su decisión. La competencia requiere de un desarrollo neurológico y psicológico del individuo.

La **voluntad** es la capacidad de elegir libremente, sin impulso externo que oblique y está en función de la percepción subjetiva de cada paciente y de su propia escala de valores.

Son perversiones en el consentimiento informado, en contra del respeto a la voluntad del paciente: **la persuasión**, entendido como no brindar posibilidad de elección, **la coacción**, en la que existe amenaza explícita o implícita y **la manipulación**, que es la distorsión de la información o la entrega de informaciones sesgadas.

La **información** que el profesional de la salud debe entregar al paciente o a su representante legal debe ser suficiente, comprensible, comprendida y compasiva, con detalle sobre la naturaleza, consecuencias y riesgos de cualquier acto médico que se deba practicar. Aunque es de carácter fundamentalmente oral, debe ser escrita en el caso de tratamientos o procedimientos invasivos, que conllevan riesgos notorios o que son de dudosa efectividad¹³.

c) Obtención del consentimiento informado en niños

El proceso de obtención del consentimiento informado en los niños depende de variables relacionadas con el desarrollo psicológico, social y neurológico del menor de edad.

¹³ Se deben informar los siguientes riesgos al paciente o su representante legal: • **Consecuencias seguras**, se producen como consecuencia del procedimiento en todos los casos. • **Riesgos típicos**, esperables en condiciones normales, conforme con la experiencia o el estado actual de la ciencia. • **Riesgos infrecuentes** pero no excepcionales, que tienen la consideración clínica de muy graves y los **Riesgos personalizados**, según las circunstancias personales del paciente como el estado de salud o la edad. Los padres o tutores de los menores deben ser consultados para la filmación de procedimientos o fotografías de los mismos, con fines académicos, científicos y comerciales, más aun cuando el paciente puede ser identificado.

La adquisición de la competencia está asociada con la capacidad de integración cognitiva y la incorporación de experiencias.

Jean Piaget¹⁴ describe el desarrollo cognoscitivo del niño en un orden determinado que incluye cuatro etapas: • Etapa sensorio-motora: de los cero a los dos años, empieza a hacer uso de la imitación, la memoria y el pensamiento, reconoce objetos, pasa de acciones reflejas a actividad dirigida por metas. • Etapa preoperacional: de los dos a los siete años, comienza gradualmente a hacer uso del lenguaje y la capacidad de pensar de forma simbólica. Piensa lógicamente en operaciones unidireccionales. Le resulta difícil pensar desde el punto de vista de otra persona. • Etapa de las operaciones concretas: de los siete a los doce años, es capaz de resolver problemas concretos de manera lógica. Entiende las leyes de la conservación, realiza clasificaciones. Entiende la reversibilidad. Hacia los siete u ocho años de edad dejará de actuar impulsivamente ante nuevos acontecimientos o de creer cualquier relato iniciando el proceso de reflexión y se detiene a pensar antes de actuar. • Etapa de las operaciones formales: de los doce años a la adultez: es capaz de resolver problemas abstractos de manera lógica. El pensamiento se hace más científico, desarrolla interés por temas sociales.

Según Piaget, los niños logran identificarse con el principio de equidad alrededor de los diez años y logran plena identificación de los derechos individuales y los principios éticos universales alrededor de los 14 años. Se considera que a partir de allí la moralidad cambia poco, aunque depende de variables culturales su formación posterior, especialmente de las costumbres que imperan en el seno de su familia y de su entorno.

En la mayoría de las legislaciones de los diferentes países ya se reconoce que la edad no es la medida óptima para establecer la capacidad mental y se estimula a los pediatras a considerar la facultad de decisión en niños mayores y adolescentes, relacionando la madurez cognitiva con la psicológica, la cual se alcanzaría alrededor de los 14 años.

Revisando el Derecho comparado se observa que:

En **Inglaterra** el juicio del profesional de la salud determina la competencia que tiene el niño de consentir un tratamiento basado en su capacidad de entender el significado e implicaciones de los procedimientos, aunque se hace una diferencia entre consentir un tratamiento y la no aceptación de este, en cuyo caso el niño no es autónomo para rechazar los procedimientos hasta los 18 años. Se considera que a la edad de 12 años se pueden tomar decisiones respecto de tratamientos quirúrgicos, aunque en el caso de los adolescentes, la falta de independencia social para tomar decisiones autónomas, los hace vulnerables¹⁵.

En **Estados Unidos**, la ley contempla la figura del asentimiento y estiman que un niño mayor de 12 años puede entender la información y aceptar el procedimiento, aunque legalmente no puede consentir de forma completa y se debe recurrir al permiso de los padres.

La **Academia Americana de Pediatría** plantea los siguientes lineamientos respecto de la participación de los menores en la toma de decisiones: • De los 2 a 3 años: se le puede preguntar al niño si desea ser explorado en la mesa de examen o en el regazo

¹⁴ **Jean William Fritz Piaget** (Neuchâtel, 3 de julio de 1897-Ginebra, 16 de septiembre de 1980) fue un epistemólogo, psicólogo y biólogo suizo, creador de la epistemología genética, famoso por sus aportes al estudio de la infancia y por su teoría constructivista del desarrollo de la inteligencia.

¹⁵ Respecto de la percepción de cuál es la edad límite en la cual un menor entiende la información que se le expone, un estudio realizado en Inglaterra en pacientes que requerían cirugía ortopédica programada, mostraba cómo los niños situaban el límite a los 14 años, los padres a los 13 años y los médicos a los 10 años.

de la madre. • De los 4 a los 5 años: se sugiere dirigir al menor las preguntas sobre su padecimiento. • De los 6 a los 8 años: se les debe incluir en las explicaciones sobre el problema de salud que les aqueja y del tratamiento, así como entregarles la fórmula de medicamentos para facilitar la adherencia al tratamiento. • En los adolescentes, una parte de la consulta se puede efectuar sin la presencia de los padres.

d) Escenarios posibles para el consentimiento informado en pediatría

Para el caso del menor de edad que no es capaz intelectual o emocionalmente de entender la información y alcance del procedimiento, el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal (padre, tutor).

Los menores de edad que no son incapaces, ni están incapacitados legalmente o son emancipados, deben otorgar el consentimiento, con excepciones en la reglamentación internacional para trasplante de órganos (donador-receptor), esterilización, cirugía transexual, interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Es clarificador lo resuelto por la Corte Constitucional **Colombia** que establece límites al derecho de los padres como representantes legales de sus potestados en lo referente a determinados tratamientos de índole quirúrgica, sustentado en que *“el niño no es propiedad de sus padres y posee una libertad y autonomía en desarrollo, con protección constitucional”*.

En la Sentencia T-477 de 1995 (ratificada en las sentencias SU-337/99 y T-551/99) se expone que “los límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que este sea constitucionalmente legítimo y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor”...

Se considera que hay “tres elementos centrales para ser tenidos en cuenta en situaciones de esta naturaleza, y que son: a) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor; b) la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño... “intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación personal”; y c) la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad”.

Por estas razones... “No es posible la *readecuación de sexo*, ya que... “El sexo constituye un elemento inmodificable de la identidad de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aun de “género”... En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la identidad (en lo sexual) de su hijo y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento. “El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos... comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad...”.

e) Problemas más comunes en el consentimiento informado en niños

Las situaciones que frecuentemente generan dilemas éticos frente a la autonomía de los menores de edad son:

- Discrepancia entre la voluntad del menor y su representante legal.

- Menores de padres separados con discrepancia de criterio.
- Discrepancia entre el concepto del mejor beneficio del paciente por parte del equipo de salud y el representante legal del paciente.

VII. FORMAS DEL CONSENTIMIENTO

Existe un consentimiento general y otro que es solicitado para realizar una acción determinada. También puede darse dentro del contexto de una situación que posee normas específicas, como es el ejemplo de un soldado que ingresa al ejército o un religioso a un monasterio. En el caso de los niños, la norma más importante es aquella que se aplica en el contexto de su familia, aunque esta diluye los derechos del niño, por lo que el consentir dentro de las reglas de la familia dependerá de situaciones definidas.

En el contexto de las reglas de la familia se podrán presentar los siguientes casos:

- El niño da el consentimiento acorde con las reglas de la familia, en lo que se llama la decisión familiar completa, los padres y el niño basados en la misma información llegan al consentimiento.
- El niño no da el asentimiento, pero aun así la decisión está dentro de las reglas de la familia.
- El niño da el asentimiento pero está por fuera de las reglas de la familia, en cuyo caso se debe respetar el deseo del menor.
- El niño no puede dar el consentimiento, pero tampoco consiente con las reglas de la familia.
- La decisión del padre es irracional, en cuyo caso el médico debe hacer ver que se requiere para el beneficio del niño.

En el caso que los padres no se guíen bajo la misma regla de familia, el médico tiene el deber de llevar a un acuerdo a los padres, si esto es imposible en el tiempo requerido, el médico debe proteger los intereses del menor, o tomar la decisión apoyado en el padre que tiene la patria potestad del niño.

Cuando los padres no están de acuerdo con el tratamiento propuesto como puede ser el caso del rechazo de transfusiones por motivaciones religiosas, si la regla de familia no favorece al niño y no vela por su mejor interés, el médico puede ignorar estas reglas, siempre y cuando ellas se opongan a principios fundamentales aunque sí puede apoyarse en la toma de decisiones en otra instancia institucional como es el comité de ética o con autorización judicial, siempre y cuando no se trate de una emergencia.

VIII. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ADOLESCENTES

Respecto de los adolescentes, algunas de las decisiones de salud son parte de la intimidad de este, como es el caso de la anticoncepción, la prevención y el manejo de enfermedades transmisibles y el embarazo, estos casos plantean especiales dilemas frente a los límites de las reglas de familia y la autoridad de los padres en referencia al consentimiento y la confidencialidad.

Posiblemente una de las situaciones más difíciles en pediatría es la **definición del menor maduro** en el cual, a pesar de no tener la mayoría de edad, cumple con los requerimientos de competencia, voluntad y capacidad de entender la información para consentir o no. La madurez y autonomía del adolescente, pueden ser variables según la estructura social y familiar. Según los rangos de edad, es universalmente aceptado que el menor de 12 años no es autónomo, de 12 a 14 años, tiene cierta capacidad de autonomía y de 15 a 18 años se considera autónomo. Estas categorías son diferentes según el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial para la Nación.

Hay situaciones especiales en las cuales los padres no tiene autoridad, como sería el adolescente emancipado. Algunos de los elementos que se tienen en cuenta en la mayoría de países para definir esta condición son: menor emancipado económicamente de sus padres, menor con estado civil casado o separado, menor que pertenece a las fuerzas militares. En medicina, se consideran también situaciones que ameritan un manejo especial, en lo relativo a informar a los padres y obtener el consentimiento las decisiones sobre anticoncepción, tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y los problemas de drogadicción.

Respecto del menor maduro y el adolescente emancipado, el pediatra cuenta con instancias de apoyo como los comités de bioética o, incluso, la valoración psiquiátrica para determinar la capacidad de ser autónomos de los pacientes adolescentes.

IX. ALGUNAS SITUACIONES ESPECIALES

a) Consentimiento informado al final de la vida en los niños

La enfermedad terminal en los niños plantea problemas éticos, de cara a la participación del niño en decisiones tan complejas como la limitación del esfuerzo terapéutico y el inicio de cuidado paliativo. La pobre comunicación, la culpa y expectativas sociales hacen que los niños tengan que someterse a tratamientos que incluso rechazaría un adulto, entrando en el terreno del encarnizamiento terapéutico. De otra parte algunas de estas patologías comprometerán la autonomía desarrollada por el niño y su capacidad para asentir o no.

Al igual que en los adultos el deber del médico respecto al niño en fase terminal de su enfermedad, consiste en prolongar en el tiempo la capacidad del paciente para decidir, lo cual se puede lograr incluso en los menores capaces de asentir, o consentir en el caso de menores maduros, mediante el uso de planes de cuidados avanzados y directivas de avance, en donde el paciente especifica qué tratamientos autoriza o no instaurar o en quién subroga su capacidad de decidir.

Cada una de estas posibilidades requiere del desarrollo de habilidades de comunicación por parte del profesional de la salud para definir con el paciente y su familia los objetivos y preferencias de cuidado. Para esto se necesita: escucharle al niño las fantasías o realidades que tiene en torno a su enfermedad, respecto del sufrimiento, la invalidez o la desfiguración en un ambiente propicio para la comunicación donde pueda expresar libremente sus temores.

Algunos de los problemas respecto del consentimiento informado al final de la vida en los niños, se asocian con el hecho de que los médicos no están suficientemente entrenados para el diálogo, en el cual el niño y su familia, son los protagonistas en la toma de decisiones.

Se debe tener en cuenta que muchas veces los padres prolongan tratamientos fútiles porque no desean entender la fase terminal de la enfermedad que aqueja a sus hijos, o consideran que socialmente corren el riesgo de abandono o abuso favoreciendo el encarnizamiento terapéutico. Es fundamental en estas situaciones velar por el mejor interés del menor y, en fases terminales, frente a discrepancias entre padres e hijos optar por proteger la decisión del menor.

En el libro “Morir es de vital importancia”, la doctora Elizabeth Kubler-Ross¹⁶, médica dedicada al tratamiento de niños en fase terminal, hace las siguientes observaciones respecto de los procesos de comunicación:

¹⁶ **Elizabeth Kübler-Ross** nació el 8 de Julio de 1926 en Zurich (Suiza). Su interés por la muerte comenzó en su época de estudiante, cuando visitó algunos de los campos de exterminio nazi tras la guerra. Allí se sorprendió al ver que las paredes de los barracones estaban llenos de dibujos de mariposas. Esos dibujos

- En la mayoría de los casos los niños saben que van a morir a pesar de que nadie se los diga (a escala consciente o inconsciente), y si no se entiende esta situación deben confrontar solos los sentimientos que este hecho genera. La pregunta entonces no es “¿Le digo a un niño que se está muriendo? Es: ¿Cómo puedo escucharlo y acompañarlo?”.
- Los niños que tienen una enfermedad terminal son “almas viejas y sabias”, en todo niño con algún deterioro físico antes de la adolescencia emerge prematuramente su dimensión espiritual, aquella que generalmente se manifiesta en la adolescencia para compensar la pérdida de las capacidades físicas, son más maduros que los niños de su misma edad. Por esta razón los niños en procesos de muerte deben intervenir en la toma de decisiones, ellos tienen la sabiduría para entender qué está sucediendo y siempre van al grano. Se debe estar atento a las preocupaciones que les rodean como son: la posibilidad de estar expuestos a mayor dolor y el sufrimiento que su partida producirá en sus padres y familiares o aspectos de índole económica.

b) Investigación clínica en niños y consentimiento informado

A lo largo de la historia se han documentado casos de abuso de pacientes pediátricos en investigaciones clínicas, exponiéndolos a riesgos más allá del mínimo, que superan los beneficios esperados, son innecesarios o no respetan a la autonomía de los niños.

Ejemplos de estas investigaciones antiéticas fueron la inoculación de la vacuna de Jenner a 48 niños de una casa para pobres, o del virus de la hepatitis B a niños con discapacidad mental en la escuela de Willowbrook en los años 1950-1970. Las políticas para la investigación en niños fueron desarrolladas correctivamente, ante estas investigaciones abusivas, especialmente en niños institucionalizados.

En contraposición, es un hecho la escasez de medios terapéuticos de eficacia comprobada en niños. Aproximadamente el 70% de los medicamentos no incluyen datos pediátricos y los niños son tratados con medicamentos que no han sido validado en ellos y cuyos resultados son extrapolados de investigaciones con adultos.

Las políticas que orientan la investigación en niños buscan que se cumpla con los requerimientos de investigación en seres humanos que incluye revisión de los protocolos por Comités de ética así como el consentimiento informado, la minimización de riesgos y la relación de costo-beneficio razonable¹⁷.

Los principales dilemas se asocian con la figura del tercero subrogado que es el padre o representante legal, la edad desde la cual el menor puede consentir, la necesidad de asentimiento en menores no maduros y la justificación de investigaciones no terapéuticas.

En general, la tendencia es permitir la investigación en niños siempre que redunde en su beneficio, especialmente respecto de medicamentos, con la debida protección a los riesgos y a su autonomía. Cada vez es más frecuente la participación de los niños en ensayos clínicos, por esta razón es necesario que los comités de ética e investigación estén preparados para el análisis de los aspectos éticos específicos.

Se debe determinar previo al inicio de la investigación los riesgos potenciales, la gravedad y prevalencia de la enfermedad en la edad pediátrica, la disponibilidad de

jos afectaron profundamente a Elizabeth, que a partir de entonces se dedicó en cuerpo y alma a crear una nueva cultura sobre la muerte. Convirtió el símbolo de la mariposa en un emblema de su trabajo, ya que para ella la muerte era un renacimiento a un estado de vida superior.

¹⁷ Regulado en los arts. 58 y 59 del Código Civil y Comercial para la Nación.

terapias alternativas, el potencial terapéutico y su exclusiva indicación o formulación pediátrica.

Además, es preciso considerar que a menor edad mayor riesgo, para instaurar todas las medidas necesarias para minimizar los peligros y disminuir las molestias de los procedimientos requeridos.

Idealmente, los estudios deben ser realizados en instituciones especializadas en el cuidado pediátrico. Incluso las publicaciones pediátricas europeas consideran que un criterio para rechazar trabajos para publicar es la ausencia de consentimiento, con la salvedad de trabajos retrospectivos, en donde es imposible ubicar al paciente, los realizados sobre muestras de bancos de tejidos, donde se ha roto el vínculo de identificación con el paciente y los realizados en enfermos críticos o privados transitoriamente del nivel de conciencia.

El consentimiento informado para participar en investigación debe ser solicitado a los padres o representante legal, pero debe incluir la información y opinión del menor de edad, cuando esté en capacidad de asentir.

En el caso de abuso infantil, no se considera apropiado solicitar el consentimiento a los padres sino a su apoderado. La participación de los menores de edad debe buscar el beneficio del niño con los resultados de la investigación, el médico debe garantizar que el menor no acepta la inclusión en un estudio bajo coacción, manipulación o persuasión por parte de los investigadores o de su representante legal. Se debe evitar incluir poblaciones más vulnerables como niños discapacitados físicos y mentales, colocando el interés del sujeto por encima del de la sociedad.

Baruch A. Brody¹⁸, en su libro “La ética de la investigación biomédica, una perspectiva internacional” hace las siguientes precisiones respecto de la investigación en niños: Las políticas de tener en cuenta la autonomía del paciente pediátrico en la toma de decisiones asociadas a la investigación van desde las más respetuosas de los deseos de los menores como es el caso de Canadá (14 años) e Inglaterra (que analiza si posee inteligencia y entendimiento: a partir de los 7 años o posterior a valoración) hasta las de los USA que varían según el Estado, estableciendo límites a los 14, 16 y 18 años.

En general, se tiende a que el consentimiento de los padres no excluya el de los niños. Se aconseja solicitar a todos los mayores de 12 años¹⁹. Ante la duda que no exista acuerdo entre los padres y el menor, el consentimiento no debe ser firmado frente a los padres y se debe discutir con el menor para que pueda expresar su voluntad como lo estipula la reglamentación francesa. Se debe propiciar el diálogo entre el menor y sus padres para llegar a acuerdos.

Respecto de los riesgos estos se han clasificado:

- Sin ningún riesgo mayor al mínimo. Investigación permitida con consentimiento informado.
- Riesgos mayores al mínimo pero con beneficios directos al niño-sujeto. Investigación permitida con consentimiento informado siempre que los beneficios no se pueden lograr con otras alternativas terapéuticas.
- Riesgos mayores al mínimo y sin beneficio directo al niño-sujeto, se permiten si el riesgo es bajo y proporcionado en relación con la importancia de los conocimientos que

¹⁸ Baruch A. Brody (nacido en 1943) es un especialista en bioética estadounidense quien estuvo entre los primeros estudiosos en el campo de la ética aplicada al escribir sobre el aborto después del interés suscitado por el caso Roe v. Wade.

¹⁹ Ver art. 26 del C C y C de la Nación.

se van a adquirir, si no hay otra forma de hacerla y previa consulta a un panel de expertos que definen si es éticamente válida.

Estados Unidos permite las dos primeras categorías. Europa es menos permisiva, con mayor rigidez en Inglaterra que solo admite la investigación no terapéutica cuando los riesgos no son mayores que el mínimo.

En relación a la investigación en menores especiales (huérfanos, institucionalizados), se aplican las protecciones antes mencionadas y se adiciona la condición de nombrar un tutor o representante que los proteja.

c) Consentimiento informado, acto quirúrgico y anestésico

El consentimiento para el acto quirúrgico y anestésico es responsabilidad directa del cirujano y el anesthesiólogo y no puede ser delegado en otro miembro del equipo de salud. Para los menores de edad el consentimiento se obtiene de los padres o del menor; en caso de menores emancipados, financieramente independientes, que no viven con sus padres, o que han estado casados o divorciados, el consentimiento lo puede dar el menor de edad y en todo caso la decisión final le corresponde al juez.

RESUMIENDO:

El proceso de humanización en el ejercicio de la Medicina fue acompañado por el cambio en las legislaciones y en las decisiones de los jueces, prueba de ello en nuestro país, es el nuevo código Civil y Comercial para la Nación que recepta los principios internacionales respecto a los derechos de los pacientes.

Sería imposible incluir todas las variantes posibles del consentimiento informado en pediatría y sobrepasaría los propósitos de este documento, que solo pretende aportar algunas pautas generales para su estudio.

En el texto del art. 26 del CCyC, se definen, específicamente, los alcances de las decisiones que los adolescentes podrán tomar sobre su salud.

Se requiere contar con aptitud física y psíquica para otorgar el consentimiento informado en materia de salud. Según Sandra M. Wierzba, lo dispuesto por el art. 59 es claro ya que no requiere capacidad jurídica para tomar este tipo de decisiones sino de “aptitud” o “competencia”. Ello responde a un criterio tradicional en doctrina según el cual el consentimiento informado no supone un acto jurídico, sino una mera manifestación de voluntad no negocial – simple acto lícito²⁰ – o bien el ejercicio de un derecho personalísimo.

Siguiendo esta tesitura, la facultad de decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico, no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud.

Se admite, por lo tanto, que la posibilidad fáctica de expresar la propia decisión puede alterarse en caso de enfermedad física o psíquica.

De acuerdo a estas disposiciones, los adolescentes pueden y deben considerarse facultados para consentir por sí mismos ciertos tratamientos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta aunque es el médico tratante quien decide sobre la aptitud y en última instancia el juez si surge un conflicto.

El Código Civil y Comercial para la Nación brinda algunas certezas relevantes en materia de las decisiones que pueden tomar los adolescentes sobre su salud.

²⁰ Ver Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV. Hechos y actos jurídicos, Arts. 257 y ss.

Consagra de manera general el principio de autonomía progresiva en lo concerniente a procedimientos médicos, regla que favorecerá la atención adecuada de los menores que no concurran a la consulta con sus progenitores o representantes legales.

Sin embargo es deseable que los niños, niñas y adolescentes tomen sus decisiones orientados en el ámbito familiar y las normas jurídicas sirvan sólo de marco referencial y para resolver problemas puntuales.

Este cuerpo legal, presenta dos criterios significativos para la determinación efectiva del concepto de autonomía progresiva:

1. Hace referencia a la aptitud físico – psíquica de los jóvenes como condición variable a ser analizada por el equipo médico según circunstancias que permitan apreciar la madurez del paciente para tomar decisiones sobre el tratamiento involucrado (art. 59).
2. Dispone edades cronológicas de referencia (art. 26) con base en los conocimientos y experiencia general, lo cual posee importancia para garantizar la atención médica a pacientes cuyos progenitores descuidan sus responsabilidades parentales o en aquellas situaciones que supongan conflictos generacionales insalvables, así como en situaciones de una medicina defensiva aunque dichas categorías no debería aplicarse de forma rígida sino interpretando que el objetivo es proteger el interés superior del menor.

CONCLUSIÓN

Para finalizar, se pretende reflexionar sobre las disposiciones que se refieren a la aptitud de los menores de edad sobre procedimientos médicos a realizarse en su propio cuerpo.

Lo expresado precedentemente en el texto de este trabajo, de ninguna manera excluye del análisis otras materias como la identidad de género, la vacunación obligatoria, la experimentación clínica, las cirugías estéticas, las aplicaciones de *piercings* y tatuajes, etc. resultando importante la tarea del intérprete para brindar las respuestas pertinentes.

Expresar que los adolescentes pueden tomar decisiones sobre su salud a los trece años, importa el peligro de que se le obligue a decidir en lugar a reconocérsele que posee el derecho de hacerlo en ciertas y puntuales circunstancias, además, se les impondría una carga que no siempre pueden soportar.

Si el menor competente, luego de recibir la información adecuada, se encuentra en un círculo familiar que lo contenga y proteja, no será necesario recurrir a la aplicación de las normas analizadas ya que el consentimiento informado será prestado por él de común acuerdo con el equipo médico, sus padres o con quien ejerza esa función en el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil y Comercial de la Nación
Código Penal Argentino.
Anteproyecto de Código Penal para la Nación
Leyes nacionales y provinciales.
Derecho comparado.

CESANO, José Daniel. *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica*. Lerner, Editora SRL. Córdoba, Argentina 2012.

CORTÉS, Ana María. *Algunos conceptos de la problemática penal aplicables a la actividad curativa*. Libro Homenaje a Claus Roxin: Nuevas formulaciones en las Ciencias

Penales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Edit. Lex Nova S.A. Valladolid. España, 2003.

GARRO DE LA COLINA, Gregorio. *Prevención de la responsabilidad de los médicos en las Instituciones Privadas*. Edit. Copiart SRL. La Rioja. Argentina 1999.

HIGHTON, Elena – WIERZBA, Sandra M. *La relación médico paciente. El consentimiento informado*. Ed. Ad – Hoc, Bs. As, 2003.

Páginas Web:

BRODY, Baruch A. *La ética de la investigación biomédica, una perspectiva internacional*.

KÜBLER – ROSS, Elizabeth. *Morir es de vital importancia*. Conferencias. PDF.

OGANDO DÍAZ, B. - GARCÍA PÉREZ, C. *Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro*. Madrid. España.

WIERZBA, Sandra M. *Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación*,

Jurisprudencia nacional y extranjera.

Análisis exploratorio acerca del posible impacto de las modificaciones producidas en el Código Civil y Comercial argentino sancionado por ley n° 26.994, con relación a los delitos contra la fe pública previstos en los arts. 292 a 299 del Código Penal Argentino

Valeria Trotti y Maximiliano Germán Videla

A partir del 1° de agosto de 2015, rige en nuestro país el Código Civil y Comercial de la Nación, dispuesto según ley n° 26994. La sustitución de la centenaria regulación en materia civil y comercial en muchos casos ha significado el mantenimiento de las reglas y principios integrados en la legislación anterior, en otros implicó una actualización o simplificación de su contenido así como también hubo modificaciones parciales o totales de sus disposiciones jurídicas.

Bien sabido es que numerosas proposiciones legales en materia penal definen su alcance en normas civiles y comerciales. En razón del carácter sancionatorio del derecho penal, uno de los puntos de mayor impacto del cambio de legislación es la configuración de tipos penales mediante elementos normativos jurídicos que remiten a la ley civil, ya sea en la configuración del sujeto activo –el autor del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar-, el objeto protegido –cosa ajena en el hurto, instrumento público o privado en las falsificaciones documentales-, o la víctima –la condición de ascendiente, descendiente o cónyuge en el homicidio calificado por el vínculo-, entre otros aspectos.

En este marco, la fijación de dicho contenido no sólo tiene relevancia en función de la aplicación de las figuras penales a hechos actuales sino que también puede tener miramientos –en su caso- en orden a la aplicación retroactiva de la ley penal si fuera más benigna. Del mismo modo, muchas proposiciones legales de la nueva normativa pueden tener incidencia en el dolo del agente, dado que de ser modificado el contenido del tipo objetivo, necesariamente deberá revisarse de un modo distinto el aspecto subjetivo. Lo mismo podría ocurrir con las formas ampliadas de punibilidad vinculadas a la tentativa, participación y concurso.

En ese marco, nuestro aporte se reduce a efectuar un análisis exploratorio del estado de cosas relativo a la definición de conductas típicas previstas en los arts. 292 a 298 del Código Penal argentino integrados al Título XII, Delitos contra la fe pública, Capítulos 3 –Falsificación de documentos en general- y 4- Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.

Este plan de trabajo, todavía embrionario, puede extenderse más adelante a otras figuras delictivas previstas en el mentado Título.

I. Falsificaciones documentales

En primer lugar, las falsificaciones previstas en el Capítulo 3 del Título XII tienen como marco regulatorio necesario lo dispuesto en la ley civil en orden a la forma de los actos jurídicos, pues allí se prevén las condiciones de validez de los instrumentos que dan forma a los actos jurídicos, lo cual evidentemente consolida la aplicación de los mentados ilícitos. En ese sentido, es necesario evaluar:

1. Las modificaciones en la regulación de la forma de los actos jurídicos, prevista en el Código Civil derogado –ley n° 340 y modificatorias, en adelante CC- en los arts.

973 a 978¹, y en la **nueva legislación (ley n° 26.994**, en adelante CCC)². Entre las novedades con relevancia penal, hallamos las siguientes:

i. la incorporación de una regulación específica acerca de los **instrumentos electrónicos** -art. 288 CCC-, en tanto ello podría configurar una nueva modalidad atentatoria contra el bien jurídico.

ii. si bien se mantiene la regla de la libertad de formas cuando la ley no requiere una específica -art. 974 CC, art. 284 CCC-, la nueva legislación admite expresamente la **validez entre partes de un acto con defectos de forma** (art. 285).

2. Entre los cambios en materia de **instrumentos públicos**³ - arts. 979/996 CC, 289/298 CCC- advertimos que:

i. se ha modificado la **enunciación de los documentos que constituyen instrumentos públicos** por fórmulas genéricas –art. 289 CCC- que abarcan los diferentes supuestos concretos antes definidos –arts. 979 CC-, a la vez que permiten contemplar otros casos que anteriormente no se hallaban previstos de manera expresa.

ii. para la **validez de los instrumentos públicos**, además de la competencia funcional del otorgante y su ejercicio dentro del ámbito territorial correspondiente, actualmente se requiere expresamente la firma de todas las partes -art. 980 CC, 290 inc. b CCC-. Además, según la nueva redacción, es claro que el oficial público debe encontrarse efectivamente en funciones -arts. 982, 983 CC, 292 CCC- y que son válidos los actos instrumentados y autorizados por éste antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones -art. 292 CCC-.

iii. si existen **defectos en la forma debida del instrumento público, éste valdrá como instrumento privado cuando esté firmado por las partes** -art. 989 CC, 294 CCC-.

iv. entre los efectos del instrumento público, se prevé que éste hace plena fe del contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado hasta que se produzca prueba en contrario –arts. 993 y 995 CC, 296, 293 CCC-.

v. simplificación de la regla en materia de inoponibilidad del contradocumento frente a los terceros interesados de buena fe, en tanto se omite las menciones específicas respecto de los sucesores singulares, la contraescritura y la necesidad de que ésta, para ser inoponible, deba estar anotada en la escritura matriz y en la copia otorgada al tercero –arts. 996 CC, 298 CCC-.

3. En cuanto a la regulación de las **escrituras públicas**, se advierten una serie de innovaciones, a saber:

i. frente a variaciones entre la escritura matriz y la copia o testimonio, se debe estar a la primera -arts. 997 CC, 299 CCC-.

¹ Código derogado: Libro Segundo, *De los Derechos Personales en las relaciones civiles*, Sección Segunda: *De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*, Título 2, *De los actos jurídicos*, Capítulo 3, *De las formas de los actos jurídicos*.

² Código vigente: Libro I, Título 4, Capítulo 5, *Actos jurídicos*, Sección 3, *Forma y prueba del acto jurídico*, arts. 284 a 286.

³ Código derogado: Libro II, Título 3, *De los instrumentos públicos*; Código vigente: Libro I, Título 4, Capítulo 5, sección 4, *Instrumentos públicos*, arts. 289/298.

ii. el protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente, en cada año calendario, **y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto**, y que corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo -arts. 998 CC, 300 CCC-.

iii. el escribano **debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes y debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente** -arts. 999 CC, 301, 302 CCC-.

iv. el notario debe ahora agregar al protocolo copia del documento que obre como **prueba de la identidad de quienes comparecen ante él** -art. 1002 CC, 306 CCC

v. supresión de la reglamentación del trámite de protocolización de documentos exigidos por ley -arts. 1003, 4° y 5° párr. CC, 307, 308 CCC-.

vi. se agrega como **causal de nulidad de la escritura la falta de firma del escribano** -arts. 1004 CC, 209 CCC-. Se elimina la sanción de multa para el fedatario en casos de nulidades de las escrituras públicas -arts. 1004 CC, 309 CCC-.

4. En cuanto a las disposiciones que regulan la constitución de **instrumentos privados**⁴, reparamos en que:

i. **la prueba de la autenticidad de la firma** puede darse por cualquier medio y es indivisible, en la medida que la ratificación de la firma implica el reconocimiento de todo el cuerpo del instrumento privado –y no sólo para el reconocimiento judicial-. El instrumento privado reconocido, declarado auténtico por sentencia o cuya firma esté certificada por escribano público, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento -arts. 1014, 1028 y 1029 CC, 314 CCC-.

ii. **la firma digital** constituye principio de prueba por escrito –art. 314 CCC-.

iii. se admite todo medio de prueba **para la acreditación del instrumento privado suscripto en blanco**. Como antes, los terceros de buena fe no pueden oponer el documento substraído al signatario, con la excepción actual de que **acrediten su buena fe y que han adquirido derechos a título oneroso** -arts. 1019 CC, 315 CCC-.

iv. la nueva legislación dispone una regla general y más amplia para definir las **formas concretas de probar la fecha cierta del instrumento privado**, en tanto dispone que el éste adquiere fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, aunque la misma debe ser apreciada rigurosamente por el juez –arts. 1035 CC, 317 CCC-.

v. el **valor probatorio de los instrumentos privados** debe ser ponderado por el juez, en base a pautas que la propia norma le indica -la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen-. No adquiere valor de instrumento público automáticamente el documento cuya firma ha sido reconocida judicialmente -arts. 1026 CC, 319 CCC-.

⁴ Código derogado: Libro II, Título 5, *De los instrumentos privados*, arts. 1012/1036; Código vigente: Libro I, Título 4, Capítulo 5, secc. 6 - *Instrumentos privados y particulares*- arts. 313/319.

5. Sobre la **forma de los contratos**⁵, se prevé una regla expresa respecto a que sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada -arts. 1188 CC, 1015 CCC-. Se tipifica que sólo requieren escritura pública cuatro supuestos incluyendo un principio general y abierto que establece que serán realizados por escritura pública los contratos que por acuerdo de partes o disposición de la ley deban ser otorgados por escritura pública –arts. 1184, 2932 CC, 1017 CCC-.

6. Específicamente en función de lo sancionado en el **art. 297 del CP**, cabe considerar las modificaciones en el CCC en cuanto a la **forma de los testamentos**⁶. En tal sentido, observamos que:

i. se prevé en una sola norma y de modo expreso las causales de nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias -arts. 3615 a 3617, 3621 y 3630 CC, 2467 CCC-. Entre dichas causales, se sanciona con nulidad la violación de prohibición legal y defectos de forma, error, dolo o violencia (esto último no tenía una determinación legal explícita).

ii. se crea una acción de nulidad del testamento, salvo para quien conoce el vicio y lo ratifica o cumple espontáneamente (art. 2469 CCC).

iii. ahora sólo se puede testar por alguna de las formas previstas por el Código y se mantiene que las formas de un testamento no pueden extenderse a la de otro –arts. 2636 CC, 2473 CCC-.

iv. se simplifican los requisitos del testamento ológrafo en una sola norma -arts. 3639/3645 CC, 2477 CCC-, eliminándose el requerimiento de que sea escrito, en idioma nacional y caracteres alfabéticos -art. 3641 CC, 2477 CCC-, y no se exige la manera de indicar la fecha –art. 3642 CC-, sino que sólo exige que la misma sea cierta.

v. El art. 2479 CCC concentra también en un sólo dispositivo diversas normas del viejo CC -arts. 3554.3656 y 3658-, pero no ofrece novedades salvo que para el testamento por acto público la nueva disposición reduce el número de testigos de tres a dos, aunque exigiendo que ambos sepan firmar, lo que se le pedía a uno antes –art. 3658 CC-.

7. Con lo que respecta al vicio de los actos jurídicos que resulta de su **simulación**⁷, vale señalar que:

i. el **art. 334 CCC** sintetiza en una norma los arts. 956 a 958 CC y elimina las nociones de simulación absoluta y relativa, no obstante mantener sus efectos diferenciados.

ii. se mantiene lo reglado en materia de acción de simulación y la prueba del contradocumento y se agrega la posibilidad de probar la simulación por otros medios

⁵ Código derogado: Libro Segundo, *De los Derechos Personales en las relaciones civiles*, Sección 3, *De las obligaciones que nacen de los contratos*, Capítulo 4, *De la forma de los contratos*, arts. 1180/1189; Código vigente: Libro tercero, *Derecho personales*, Título 2, *Contratos en general*, Capítulo 7, *Forma*, arts. 1015/1018.

⁶ previsto en el viejo CC en el título 12, arts. 3622/3638, pág. 896 y sgtes., y en el nuevo CC en el Libro V, Título 11, *sucesiones testamentarias*, Cap. 1, *Disposiciones generales*, arts. 2462/2471, Cap. 2, *Formas de los testamentos*, Secc. 1, *Disposiciones generales*, arts. 2472/2476, Secc. 2, *Testamento ológrafo*, arts. 2477/2478, Secc. 3, *Testamento por acto público*, arts. 2479/2481.

⁷ Código derogado: Libro Segundo, *De los Derechos Personales en las relaciones civiles*, Sección Segunda: *De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*, Título 2, *De los actos jurídicos*, Capítulo 1, *De la simulación de los actos jurídicos*, arts. 955/960; Código vigente: Libro I, Título 4, Capítulo 6, *Vicios de los actos jurídicos*, Sección 2, *Simulación*, arts. 333/335.

que no sean un contradocumento, además de los supuestos que ya estaban previstos, los casos en que se justifiquen las razones por las que el contradocumento no existe o no puede ser presentado -arts. 959 y 960 CC, 335 CCC-.

iii. se incorpora la **acción de nulidad para los terceros afectados por la simulación**, previendo la posibilidad de que éste la acredite por cualquier medio de prueba – art 336 CCC-.

iv. se establece la inoponibilidad del acto simulado y el deber de indemnizar a los terceros afectados por ella, estableciendo efectos diferenciados para los terceros de buena y mala fe –art. 337 CCC-.

Sobre la base de los aspectos novedosos de la legislación civil y comercial antes individualizados, que advertimos con posible impacto en la faz penal, en estricta relación a los **delitos contra la fe pública**, propiciamos la utilidad de efectuar a futuro un estudio analítico que desentrañe de manera más específica la verdadera repercusión que en este estudio –meramente exploratorio- nos arriesgamos a estimar.

Posibles problemáticas relacionadas con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial argentino y sus posibles puntos de conexión con el Derecho Penal. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida y comienzo de la existencia de la persona humana.

E. Cecilia Saucedo Quintana

Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula no sólo el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560-564), sino también el comienzo de la existencia de la persona humana (art.19), la duración del embarazo (art. 20), y el nacimiento con vida (art. 21).

Esta enumeración es a modo de ejemplo, ya que hay otros artículos relacionados con el tema en cuestión. Los menciono porque el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida tiene que ser analizado en torno a varios artículos y no limitarse solamente a los artículos 560-564.

De la lectura de los distintos códigos comentados, llamó mi atención lo que señalara Ignacio González Magaña [2014: 346] al comentar el art. 560: “[...] en los términos que están redactadas ambas normas [se refiere al art. 19, ley 26.862 y su reglamentación] admite una peligrosa indefinición legal, que admitiría por ejemplo que una persona que había dado su consentimiento para desarrollar una práctica en la cual el embrión se conciba en forma extracorpórea, dando lugar a una ventana temporal durante la cual el solicitante podría revocar el consentimiento aun después de la concepción, pero previo al momento de su implantación en el vientre de la mujer”.

Por último, el autor señala que se requiere con urgencia determinar el estatus jurídico del embrión no implantado, como así también el alcance hermenéutico que debe darse a la concepción en los términos del art. 19.

Sin lugar a dudas, corresponde analizar de forma separada el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida y el comienzo de la existencia de la persona humana. Sin embargo, decidí juntarlas por la relación que existe entre ambas cuestiones.

Cuando se toma la decisión de tener un hijo valiéndose de técnicas de fertilización in vitro (en adelante FIV), se recurre a instituciones especializadas al respecto. Antes de dar comienzo a cualquiera de los distintos procedimientos (ya sea de baja o alta complejidad), se requiere el previo consentimiento, que debe ser informado- es decir, luego de que el profesional brinde la correspondiente información sanitaria (art. 5, ley 26.529) - y libre - sin ningún tipo de presión (arts. 560-562, C.C. y C). Una vez dado el consentimiento, se procede a lograr el objetivo buscado – traer al mundo a un nuevo ser humano.

En el caso de las técnicas de alta complejidad, en donde el embrión (la unión del gameto masculino y femenino) se produce en un laboratorio, cabe preguntarnos lo siguiente: en el caso de que el solicitante, *a posteriori*, revoque el consentimiento para la implantación del embrión en el útero, ¿qué hacemos con ese embrión? Si se decide eliminarlo, o incluso abandonarlo, ¿corresponde aplicar algunos de los delitos que tiene el Código Penal en su capítulo 1 (delitos contra la vida)? En caso de producirse una alteración genética del embrión, cuestión que está prohibida por el Código Civil en su art.

57—, ¿en qué tipo penal lo encuadramos?

La ley 26.862, de reproducción médicamente asistida, sancionada en 2013, en su art. 2, señala que: “[...] se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones”.

Por su parte, su decreto reglamentario N° 956/2013, en el art. 2 complementa esas definiciones de la siguiente manera: “Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”.

A este elenco de definiciones, agrego algunas más, formuladas por Viviana Herrera [2015: 21-22], “especialista en ginecología y medicina reproductiva y con una experiencia [sic] en fertilidad del CMPC [Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba]”: el coito programado consiste en una estimulación leve de la ovulación, con monitoreo ecográfico periódico, para indicar el momento adecuado para la relación sexual fecundante”; la Inseminación intrauterina o artificial (IIU) se produce “[...] luego de una estimulación ovárica controlada con monitoreo ecográfico, y la aplicación de Gonadotropina Coriónica Humana, cuando se logra el tamaño folicular óptimo, se depositan en el interior de la cavidad uterina mediante una cánula adecuada, los espermatozoides móviles previamente seleccionados. La IIU puede realizarse con semen homólogo (esposo o pareja) o heterólogo (semen de donante)”; en la fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria (FIV-ET), “la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce en un medio artificial -el laboratorio-, pero el proceso de fertilización es totalmente natural, ya que se colocan un promedio de 50.000 espermatozoides alrededor del óvulo, que se penetrado naturalmente por uno de ellos. Así se forman los embriones, que se mantienen en cultivo en el laboratorio entre 2 y 5 días y luego son transferidos a la cavidad uterina por medio de un delgado catéter, mediante un procedimiento sencillo e incruento”; la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) “consiste en la inyección de un único espermatozoide en el interior del óvulo”; en la criopreservación de embriones, “usualmente se transfieren a la cavidad uterina uno o dos embriones, según la calidad embrionaria y la edad de la mujer. Si hubiese más embriones de los deseados para transferir, se pueden almacenar por medio de una técnica denominada criopreservación, que consiste en mantener los embriones a muy bajas temperaturas, por lo que todas las funciones celulares se detienen pudiendo conservarse en este estado durante muchos años. De esta manera, los embriones criopreservados pueden ser descongelados y utilizados un tiempo después”; la donación de óvulos “se utiliza cuando la mujer no puede producir óvulos o produce óvulos de mala calidad, incapaces de originar un embrión viable. Este proceso consiste en la fecundación de los óvulos de una donante anónima con el semen del marido de la paciente, obteniéndose embriones en el laboratorio y transfiriéndolos al útero. Los óvulos pueden provenir de las mismas mujeres que están realizando un procedimiento de FIV y tienen óvulos sobrantes que aceptan donar o de donantes que no son pacientes del programa de FIV”.

Técnicas de reproducción asistida (TRHA). Clasificación

De baja complejidad	De alta complejidad
Coito programado	Fertilización in vitro (FIV) y transferencia embrionaria (ET)
Inseminación intrauterina o artificial	Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) Criopreservación de embriones Diagnóstico genético preimplantatorio (PGD) Donación de óvulos Vitrificación de tejidos reproductivos

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultada

Consentimiento informado, su regulación

El consentimiento está presente en distintos artículos del nuevo Código Civil y Comercial, en las investigaciones en seres humanos (art. 58), directivas médicas anticipadas (art. 60) y en el art. 59 que prevé el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El cual es una declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir por parte del profesional, información clara, precisa y adecuada. El contenido de esa información se encuentra enumerado en el código.

Por su parte, sigue vigente la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, sancionada en 2009. En el siguiente cuadro, se puede apreciar uno de los derechos que tienen los pacientes y el deber de los profesionales e instituciones de la salud.

Derechos del paciente (art. 2, ley 26.529, entre otros)	Deberes de los profesionales e instituciones de salud (art. 2, ley 26.529)
La información sanitaria, según el art. 3 de la ley 26.529, debe ser “[...] clara, suficiente, y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud [...]”.	Obtener consentimiento informado del paciente o en su caso de sus representantes legales. (arts. 5-6 de la ley 26.529)

Fuente: elaboración propia en base a legislación consultada

Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida en el nuevo Código Civil y Comercial

El Código, en el título V, capítulo 2, con la denominación “reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, en el art. 560, regula el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida: “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan 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”.

Y en el art. 561, encontramos todo lo relativo a su instrumentación: debe “[...] contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspon-

diente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Este artículo hace referencia, a disposiciones especiales. Entre ellas, tenemos el decreto reglamentario N° 956/2013 de reproducción médicamente asistida, que en su art. 7 indica: “El consentimiento informado deberá 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, las leyes N° 26.529, de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, y N° 25.326, de Protección de los Datos Personales. 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”.

En el sitio web que tiene la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), hay una serie de formularios de consentimientos informados (de acuerdo a las técnicas a utilizar), que tienen distintos ítems; en uno de ellos, con el título “aspectos legales”, se deja en claro el tema de la renovación y revocación del consentimiento de la siguiente forma: a) “Se me ha informado debidamente y he comprendido que el presente consentimiento es válido sólo para este tratamiento, debiendo renovarse en caso de futuros procedimientos, conforme lo dispuesto en el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación”, b) “Se me ha informado debidamente y he comprendido que puedo revocar el presente consentimiento hasta antes de efectuada la inseminación en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley N° 26.862 [...]”, c) “Se me ha informado debidamente y he comprendido que para la revocación se debe notificar de manera fehaciente y por escrito al centro médico interviniente manifestando de manera expresa la voluntad de revocar el presente consentimiento informado y no continuar con el procedimiento de inseminación”.

Estos consentimientos fueron elaborados por la comisión asesora en técnicas de reproducción humana asistida (CATRHA), que parte de la base de considerar que el embrión *in vitro* no es persona humana. Como se puede apreciar, cada uno de los sectores va tomando una postura al respecto, veamos qué pasa en el Derecho Penal.

En el caso de que el solicitante, *a posteriori*, revoque el consentimiento para la implantación del embrión en el útero, ¿qué hacemos con ese embrión? Si se decide eliminarlo, o incluso abandonarlo, ¿corresponde aplicar algunos de los delitos que tiene el Código Penal en su capítulo 1 (delitos contra la vida)?

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 22, señala que “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos”. La persona humana, comienza su existencia con la concepción (art. 19), pero el Código, como no definió lo que se entiende por concepción e incorporó artículos que regulan la reproducción humana asistida, en donde la unión del óvulo y el espermatozoide puede ser realizada en el interior del sistema reproductivo femenino o en un laboratorio, generó posturas entorno a la cuestión de si el embrión concebido en un laboratorio es sujeto de derechos o no.

La primera de esas posturas identifica a la concepción con la fecundación; por lo tanto, el embrión no implantado concebido por las técnicas de fecundación artificial sería persona humana. La segunda señala que recién existiría cuando el embrión es implantado en el útero.

Horacio J. Romero Villanueva [2015: 215] menciona que “El Código Penal protege a la vida desde la concepción, creando dos tipos fundamentales de delito; uno consistente en la destrucción de un hombre (homicidio) y el otro en la destrucción de un feto (aborto)”. Por su parte, Víctor Félix Reinaldi [2011:113] indica que “La tutela de la vida, mediante la figura de homicidio, comienza con el nacimiento del ser humano –ya que la vida fetal encuentra resguardo en la figura del aborto y se extiende hasta su muerte”. Como se puede apreciar, el embrión que fue concebido en un laboratorio, se encontraría protegido penalmente, cuando estuviere en el claustro materno. Los autores Carlos Creus y Jorge E. Buompadre [2007: 7] señalan que “El producto de una concepción lograda fuera del seno materno, que no ha sido implantado todavía en él, que se sostiene artificialmente fuera del mismo (vida *in vitro*), aunque biológicamente pueda catalogarse como vida humana, no es lo que la ley protege bajo este título, aun cuando su destrucción puede afectar otros intereses y constituir otros delitos (...)”.

Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal cuenta con una serie de principios, entre ellos el de legalidad (art. 18, C.N.), el de reserva (art. 19, C.N.) y la exclusión de la analogía; sobre ellos se expidieron Jorge de la Rúa y Aída Tarditti [2014: 95]: “La combinación de los arts. 18 y 19 de la CN posibilita delimitar un ámbito en el que los ciudadanos tienen garantizado que no será alcanzado por el Derecho Penal [...], porque no se encuentran captadas por las reglas que delimitan cuáles son las infracciones y sus consecuencias (penas y medidas) previamente a su acaecimiento”.

Como derivación de estos principios es que la analogía se encuentra prohibida, es decir incluir conductas en un tipo delictivo que no la contempla o que la contempla de forma parecida. La eliminación de un embrión fecundado en un laboratorio es atípica.

El capítulo VI del Código Penal tiene como nombre “abandono de personas” y consta de tres artículos (106, 107 y 108). El bien jurídico protegido, según Edgardo A. Donna [1999: 263], es “la incolumidad material de las personas”. Estos tres artículos tienen en común, que el sujeto pasivo es la persona que ya ha nacido; no protege al feto, ni al embrión que se encuentra en un laboratorio. Por lo tanto, el abandono de un embrión fecundado en un laboratorio no es un delito.

En caso de producirse una alteración genética del embrión, cuestión que está prohibida por el Código Civil en su (art. 57), ¿en qué tipo penal lo encuadramos?

El Código Civil, en su art. 57, prohíbe “[...] toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. Al respecto, Carlos López, director del Instituto Universitario de Medicina Reproductiva (Iumer) y titular de la segunda Cátedra de Ginecología de la Universidad Nacional de Córdoba, en una entrevista que le efectuara el diario *La Voz del Interior* (11/8/15) indicaba que aun con la existencia de la prohibición prevista por el artículo mencionado, “[...] no impediría el diagnóstico preimplantatorio que permite detectar enfermedades graves. Está demostrado que cuando es realizado por profesionales idóneos, no daña al embrión. Esto habilitaría, por ejemplo, a seleccionar los que sean histocompatibles con un hermano para posibilitar un tratamiento”.

Viviana Herrera [2015:22] define el diagnóstico genético preimplantatorio como “[...] un procedimiento que permite estudiar la constitución genética del embrión antes de transferirlo. Generalmente consiste en la biopsia de una o dos células del embrión en estadio de 8 células, para su posterior análisis por distintos métodos (FISH, PCR)”.

En el anteproyecto de Código Penal de 2014, en el art. 96, se preveía la figura de lesión al feto, por medio de tres incisos: el primero de ellos reprimía al que “[...] causare a un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el grave tara física o psíquica”; el segundo castigaba con mayor severidad

al que causare lesión al feto “[...] por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo [...]”.

El Código Penal, no contiene una figura semejante; sin embargo, hay autores, que consideran que sí, estaría incluida en la expresión “otro” que utiliza el art. 89. Guillermo A. Lucero Offredi [1994:110] señala que “nos parece más atinado entender que la incolmidad física sustancial de la persona humana por nacer también encuentra la protección del Cap. II, Tít. I, Lib. II, C. Penal”.

Lo cierto es que la alteración genética del embrión no es una conducta sancionada por el Código Penal.

Conclusión

Si bien, la reproducción humana asistida hace años que se viene realizando, es favorable la regulación que ha efectuado el Código Civil. Pero sería aún más favorable que se dictara la ley de protección del embrión fecundado. De esta forma, se podría establecer si el embrión humano, es una persona o una cosa, o algo intermedio.

Con respecto al consentimiento informado, antes de su incorporación en el Código Civil, teníamos la ley 26.529 que se encargaba de brindar el marco legal, que por cierto sigue vigente. El nuevo Código, lo ha incorporado expresamente (arts. 58-60). Pero como incorporó un tercer tipo de filiación, derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, el consentimiento logró una mayor importancia que la que tenía. Creo que cuando se dicte la ley de protección del embrión fecundado se podrá dar respuesta a la cuestión planteada inicialmente: cuando el solicitante da su consentimiento para la realización de la fecundación del embrión en un laboratorio y antes de su implantación en el útero materno revoca ese consentimiento, ¿qué hacemos con ese embrión? Actualmente, el embrión no cuenta con protección penal; y en el ámbito civil, el art. 57 sólo prohíbe su alteración genética.

Mencioné que en el sitio web de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), hay una serie de formularios de consentimientos informados, que prevén distintos puntos (según la técnica a utilizar); entre ellos en el aspecto legal, se encuentra la criopreservación de los embriones. Mantener a un embrión, en esas condiciones, genera un costo; en el caso de que el solicitante no siguiera pagando o cuando hubiera un desacuerdo en la pareja (separación, divorcio, revocación del consentimiento, o no desee continuar con el procedimiento o se produzca el fallecimiento de alguno de los pacientes), el formulario tiene tres opciones para que el solicitante elija cuál va a ser el destino de ese embrión: a) la donación a otra pareja con fines reproductivos, b) donación con fines de investigación, y c) cese la criopreservación. En el mismo formulario también se deja en claro que, en caso de que la pareja no se ponga de acuerdo con respecto al destino del embrión, el centro médico no aceptará una petición unilateral de disposición, ni aceptara un acuerdo efectuado por la pareja que suponga transacción económica o de intereses. Los centros médicos que utilizan estos formularios, ya tienen resuelto el tema del qué hacer con esos embriones.

Sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, se ha escrito mucho, debido a las distintas opiniones e intereses que se generan alrededor de la cuestión. Hubiese sido prudente a mi modo de entender, que los que intervinieron en el tratamiento del art. 19 del Código Civil y Comercial lo hubiesen tenido en cuenta, más aun cuando se incorporó la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Pese a ello, se debe mirar para adelante, y evaluar la conveniencia o no de proteger penalmente al embrión.

Bibliografía

- BIANCHI, Pablo [2004] “La protección del Derecho Penal en los distintos momentos de la vida del ser humano: estatus jurídico del embrión”. En *Zeus Córdoba*, No 111, Tomo 5.
- BUERES, Alberto J. [2015] *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comentado y concordado. 1. Artículos 1-1429*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CÓRDOBA, Jorge E y SÁNCHEZ TORRES, Julio [2000] *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*. Córdoba: Alveroni.
- CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge E [2007] *Derecho Penal Parte especial*. Buenos Aires: Astrea. (Séptima edición, actualizada y ampliada).
- DE LA RÚA, Jorge y TARDITTI, Aída [2014] *Derecho Penal. Parte General, 1*. Buenos Aires: Hammurabi.
- DONNA, Eduardo A. [1999] *Derecho Penal. Parte Especial, 1*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos [2002] *Derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. (Vigésimo sexta edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma.)
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio [2014] “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. En Mariano Esper (coordinador) y Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo II, Buenos Aires: La Ley.
- HERRERA, Viviana [2015]. “Comentario de la ley vigente. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. En la revista del *ETHICA órgano de difusión del Consejo de Médicos de la provincia de Córdoba*, No 95.
- LAFFERRIERE, Jorge N. [2015] “Proyecciones del artículo 19 sobre el diagnóstico genético preimplantatorio y la eugenesia”. En Cuaderno Jurídico de Familia, No 65.
- LUCERO OFFREDI, Guillermo A. [1994] “Lesiones Título I, Capítulo II”. En Daniel P. Carrera, *Estudios de las figuras delictivas, tomo I*. Córdoba: Advocatus.
- MARRAMA, Silvia [2012] *Fecundación in vitro y derecho, nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Dictum Ediciones.
- REINALDI, Víctor Félix [2011] “Delitos contra la vida humana independiente”. En Fabián I. Balcarce, *Derecho Penal. Parte especial*. Libro de estudio. Tomo 1. Córdoba: Advocatus.
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio [2015] *Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Documentos

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2014, 1ª edición. Buenos Aires
- Decreto 956/2013 [<http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=21264>]
- Ley nacional 26.862 [<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>]
- Ley nacional 26.529 [<http://www.infoleg.gov.ar>]
- Diario *La voz del interior*, Córdoba, el 11/8/15. “Reproducción asistida: cómo impactará el nuevo Código Civil en la práctica” [<http://m.lavoz.com.ar/ciudadanos/reproduccion-asistida-como-impactara-el-nuevo-codigo-civil-en-la-practica>]
- SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) [<http://www.samer.org.ar/>], [<http://www.samer.org.ar/consentimientos.asp>]

La confluencia de los modelos de gestión del “problema de las drogas” [a propósito de su tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial]

Carolina Prado

1. SURGIMIENTO Y PRIMERAS RESPUESTAS AL “PROBLEMA DE LAS DROGAS”

Fue a partir del control del opio en Filipinas, hacia comienzos del siglo XX, que comenzaron a darse las primeras respuestas penales concretas al “problema de las drogas” en los Estados Unidos de América. Iniciadas con el prohibicionismo del uso de determinadas sustancias, el problema se fue gestionando, paulatinamente, a través de dos formas preponderantes: la criminalización y la patologización de sus consumidores¹. Estas son las políticas conocidas como los modelos jurídico-represivo y médico-sanitario, cuya universalización atañó más tarde, a partir de la Segunda Guerra Mundial, a la contribución de organismos internacionales, en particular, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU)².

Es sabido que el modelo jurídico-represivo supone, por un lado, la catalogación como delitos de algunos comportamientos y drogas, mediante la sanción de disposiciones legales. A propósito de la puesta en marcha de este modelo penal en materia de drogas, suele alertarse que genera dos importantes efectos: la criminalización y estigmatización de los consumidores, por un lado, y la creación y fortalecimiento de un mercado negro, por el otro³. De allí que la penalización de la producción, tráfico, tenencia y consumo de determinadas drogas cumpla un importante rol en la reproducción material e ideológica de una sociedad que, de esta forma, consigue construir con solidez la imagen de enemigos contra quienes defenderse⁴. En efecto, la definición del uso de las drogas como delito ubica a quien las consume en la posición de enemigo público, de contestatario, de alguien que merece una sanción.

El modelo médico-sanitario, por su parte, confiere a la drogodependencia el carácter de patología y ve en el drogadicto a un enfermo que necesita atención terapéutica. A cargo de la medicina se halla, pues, el diseño de los esquemas básicos del tratamiento: diagnóstico, prescripción, desintoxicación, rehabilitación, etc. La conceptualización de la drogodependencia como enfermedad implica, además de la legitimación científica del modelo precedente, una determinada localización y tipo de relación entre usuario y sociedad: la de “dependiente”⁵. Este paradigma se desarrolló, fundamentalmente, a partir de la segunda década del pasado siglo, a partir de los trabajos científicos de L. Le-

¹ Otros modelos de gestión intentan ir más lejos en la explicación del fenómeno y, quebrando los paradigmas de mención, incorporan nociones más amplias. Entre ellos pueden destacarse el socio-cultural y político-estructural (ROMANI, Oriol; “Cultura, riesgos y salud. El caso de las drogas” en: VVAA, *Medicina Popular e Antropología da Saúde*, Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostela, 1997).

² Del Olmo, DEL OLMO, Rosa; “La cara oculta de la droga” en: *PODER Y CONTROL Revista Hispano latinoamericana de disciplinas sobre Control Social*, N° 2 - Drogas y Psiquiatría, PPU, Barcelona, 1987.

³ Romaní, op.cit; *Las Drogas - Sueños y Razones*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

⁴ Del Olmo, “Para definir el tráfico y consumo de drogas. Reflexiones iniciales” en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Año 3. Número 4 y 5. 2° Sem. 1993 1° Sem. 1994. UBA, Bs. As, 1994.

⁵ En palabras de González Zorrilla “La identificación con el enfermo (muchas veces considerado incurable), alimentada por el estereotipo, tiende a confirmar al propio toxicómano en un papel pasivo e irresponsable, y en consecuencia, a hacer más difícil la superación de su estado” (“Drogas y control social” en: *Poder y Control- Revista Hispano latinoamericana de disciplinas sobre Control Social*, N° 2 - Drogas y Psiquiatría, PPU, Barcelona, 1987, pág. 54).

win, quien realizó aportes técnicos y definió conceptos como “dependencia”, “tolerancia”, “abstinencia”, clasificaciones de drogas, etc.

Sin embargo, la imposición misma del modelo se vincula a un proceso de mayor alcance que atraviesa y condiciona la historia global de la atención de la salud-enfermedad de los individuos (auto-atención, especialistas y semi-especialistas e instituciones). Se trata de la “medicalización” que, en esencia, refiere al fenómeno por el cual cada vez mayores aspectos de la vida de los individuos son delegados y confiados a la corporación médica, para su supervisión y control⁶.

2. LA CONFLUENCIA DE LOS DOS MODELOS DE GESTIÓN

A partir del prohibicionismo, el uso de las drogas se asoció, irremediable y simultáneamente, a la delincuencia y a la enfermedad. La coexistencia de ambos modelos de gestión —el represivo y el médico— se ha sustentado en cierta tendencia científica al traspasamiento de poder⁷. En la historia de la justicia, similar traspaso de poder se experimentó durante el curso del siglo XIX respecto a la esfera médica. Fue el tiempo en que la medicina psiquiátrica dejó de representar una amenaza para el poder judicial, para convertirse, en cambio, en uno de sus aliados incondicionales. Concretamente, en asuntos de “drogas”, los ámbitos judiciales hallaron en la “comunidad terapéutica” el instrumento por antonomasia de tratamiento del “drogadicto”. Los centros e institutos asistenciales han devenido, así, en el elemento externo capaz de salvar al toxicómano, de liberarlo de su desgraciada condición, aún al margen o en contra de su voluntad.

Ahora bien, esta coexistencia de paradigmas, a partir de previsiones legales que establecen duras penas para los delitos asociados al tráfico de drogas y, al mismo tiempo, un “tratamiento” para los sujetos tóxico-dependientes alcanzados por la justicia, producen serias y graves contradicciones e incompatibilidades. Por una parte, la primera dificultad que conlleva la superposición de sistemas se vincula a la doble estigmatización que recae sobre los usuarios de las drogas ilegales. Estas personas se ven obligadas a cargar con dos etiquetas: las de “delincuente” y la de “enfermo”. Por otra parte, la articulación de ambas políticas acarrea el inconveniente de que los centros asistenciales terminan asumiendo, en la práctica, la función de meras oficinas de descargo de sanciones penales o administrativas. En este contexto, es claro que el terapeuta ve obstaculizada su tarea y debe elegir entre asumir el rol de cómplice de su paciente o el de policía o juez, situación que genera una confusión perversa. A la inversa, en muchos casos los jueces deben actuar como terapeutas e inmiscuirse en esferas ajenas que —peor aún— desconocen absolutamente⁸.

Por último, aparece el inconveniente relativo a la compulsividad del tratamiento terapéutico. En el marco señalado, la terapia médica consiste en una imposición judicial que funciona como alternativa a la irrogación de una pena privativa de libertad. En esta lógica, resulta claro que se aborta toda chance de que el individuo, de acuerdo a la per-

⁶ Romaní, *Las Drogas - Sueños y Razones*, op. cit.

⁷ En el caso de la historia de la medicina, verbigracia, esta propensión adopta la singular forma de “vertido planificado de pacientes” en la que “Toda clase de víctimas del fervor diagnosticador que no son interesantes y sólo consumen tiempo [...] son transformados en clientes de terapeutas que no son médicos (consejeros, asistentes sociales, auxiliares, enfermeras psicólogas)” (Cohen, Stanley; *Visiones del Control Social*, PPU, Barcelona, 1ª edición (trad. Elena Larrauri), 1987, pág. 256).

⁸ GRUP IGIA; “La evolución de la política legislativa y asistencial en los últimos años” en: *Convivir con las drogas. Legislación sobre drogas y sistema socio-sanitario: reflexiones y propuestas desde una perspectiva no represiva*, Barcelona, 1995.

cepción de sus propias necesidades, deseos y convicciones, demande este apoyo institucional⁹.

Con independencia de las concretas dificultades que significa la doble implementación de respuestas institucionales, no restan demasiadas dudas respecto de que los modelos han resultado ineficaces en su pretensión de solucionar el “problema de las drogas”¹⁰. Nuestro país, por cierto, tampoco ha escapado a este esquema de doble sistema de respuestas frente a la cuestión, mediante la instauración de un modelo jurídico-represivo y un modelo médico-sanitario, según resulta de la regulación establecida tanto en el ámbito del derecho penal como del civil.

3. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEY 23.737

Al revisar el modelo de gestión penal previsto en relación con este “problema de las drogas” en nuestro país, en particular en lo que concierne a las consecuencias jurídicas que el legislador argentino ha previsto para la comisión de algunos de los delitos contemplados en la Ley de Estupefacientes 23.737, conviene detenerse en la mención del Informe que fuera presentado por las Comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción, el 22 de febrero de 1989, ante la Cámara de Diputados de la Nación, en el debate parlamentario previo a la sanción de aquella ley¹¹. Allí puede leerse el propósito de “atacar” el tráfico ilícito de drogas, por un lado, y, por el otro, de “curar” al último eslabón de la cadena, el consumidor —ya se trate de un adicto o de un experimentador—, para quien se prevé el correspondiente reproche penal¹².

A ese objeto, la Ley 23.737 contempla la aplicación de medidas de seguridad de carácter curativo y educativo. De tal modo, se ha pretendido dar paso al intento de reinserción social para personas adictas o no —principiantes, experimentadores—, custodiando su salud personal. La doctrina ha alertado al respecto sobre la situación de hallarse frente a un “fraude de etiquetas”, ya que con la excusa de tutelar o corregir el comportamiento del consumidor de estupefacientes, se impone verdaderas penas¹³.

A propósito de ello, conviene recordar la noción general de que las medidas curativas se aplican a personas inimputables con una finalidad estrictamente terapéutica, en tanto que las medidas educativas se aplican con el inequívoco objetivo de reformar al delincuente (educarlo o reeducarlo), lo que supone una finalidad eminentemente “tutelar”. En concreto, las disposiciones de los artículos 16, 17 y 18 de la citada ley contemplan la imposición de medidas de seguridad curativas: la medida reglada por el primero de los artículos se halla prevista exclusivamente para ser impuesta a cualquier persona que haya cometido cualquier delito y que dependa psíquica y físicamente de estupefacientes; en el caso de los supuestos restantes (artículos 17 y 18), se contempla la posibilidad de que, además de ser psicofísicamente dependiente de sustancias estupefacientes, el sujeto haya tenido dicha sustancia para propio consumo, por lo que, en estos casos, no existe relación legal con ningún otro delito. Por lo demás, la medida de seguridad

⁹ Grup IGIA, *ibídem*.

¹⁰ Aunque las presuntas razones del fracaso sean múltiples, un aspecto interesante de indagar es el concerniente a las maneras en que los saberes teóricos que cada uno supone han logrado perpetuarse en esta insatisfactoria gestión del asunto.

¹¹ *Diario de Sesiones*, Reunión 61°, Cámara de Diputados de la Nación, 22.2.1989, págs.7728/9.

¹² En concreto, el informe deja aclarado dicho criterio de política criminal al señalar: “El Estado no resigna su obligación primaria de curar a un enfermo, ni tampoco la de proteger la salud pública”.

¹³ Al respecto, no puede dejar de advertirse que se trata de medidas de seguridad, de carácter penal, a aplicarse a sujetos inimputables (BAIGÚN, David/ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Directores); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 646).

curativa de deshabitación o rehabilitación, contemplada en el artículo 18 para imputados de delitos de tenencia de estupefacientes para uso personal, se limita al período de sumario o instrucción¹⁴.

Ciertamente que en las previsiones legales citadas se verifica la presencia de una persona enferma a la que el Estado, en ejercicio de un presunto interés tuitivo, le impone una medida curativa, tendiente a su desintoxicación y rehabilitación. La contradicción de la norma resulta manifiesta: por un lado, reconoce el carácter de “enfermo” en el imputado y le brinda la chance de eximirse de pena mediante la realización de un tratamiento; por el otro, le impone la pena, si el tratamiento no alcanza un resultado satisfactorio¹⁵. Frente a ello, se ha declarado que el Estado debe dar al adicto la posibilidad de un tratamiento curativo, mas, si luego del plazo legal no se alcanza el resultado satisfactorio, corresponde igualmente poner fin al proceso¹⁶. Por su parte, el artículo 21 de la ley en cuestión establece una medida educativa para el principiante o experimentador, es decir, una sanción dirigida a reeducar o reformar la “tendencia” del sujeto a los estupefacientes, pero siempre en un estadio previo a la dependencia física o psíquica hacia dichas sustancias. La diferenciación entre las diversas medidas prescriptas por la ley viene dada por la circunstancia de que, en el caso del artículo 21, el instituto previsto legalmente no opera a modo de suspensión del proceso, a diferencia de lo que acontece en los casos enunciados por los artículos 17 y 18, sino que supone una sustitución de pena.

En resumidas cuentas, a través de las medidas de seguridad contempladas en la ley, se coacta a un sujeto no enfermo a un tratamiento obligatorio (caso del artículo 21); se coacta al enfermo que ha sido captado por el sistema penal como consecuencia de su enfermedad (personas judicializadas por la imputación de tenencia de estupefacientes para consumo personal, casos de los artículos 17, 18 y 19¹⁷); e, igualmente, se impone un tratamiento coactivo al enfermo que ha cometido cualquier otro delito (caso del artículo 16). Ello supone pues una injerencia estatal en la vida del justiciable que afecta

¹⁴ Ello ha sido igualmente objetado por la doctrina como contrario al espíritu de la norma, dado que si se considera inconveniente tratar al imputado con dependencia psíquica o física a los estupefacientes sólo desde una perspectiva penal, lo más acorde sería admitir la posibilidad de realizar aquel tratamiento curativo en cualquier etapa del proceso (Falcone, Roberto; *Derecho Penal y tráfico de drogas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, pág. 592).

¹⁵ La cuestión ha merecido una fuerte crítica por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Se ha entendido al respecto que, someter al imputado a un tratamiento compulsivo como única vía de eximirse de la pena, contrasta con el ámbito de libertad reconocido por la Constitución Nacional (arts. 18 y 19). En efecto, la medida de seguridad curativa prevista supone que el Estado se arrogue el poder de coaccionar al enfermo para su cura, aún en contra de su voluntad, pues más allá de requerirse en algún supuesto su consentimiento para el tratamiento (que tiene relación con la etapa procesal de la que se trate, artículo 18), lo cierto es que no lograr el objetivo propuesto (sea por bemoles en el funcionamiento del tratamiento o por falta de colaboración del individuo a su respecto) mantiene vigente la posibilidad de aplicación de la pena. El extremo obliga a añadir que no debería admitirse ningún tipo de tratamiento curativo respecto del enfermo si no media su expreso consentimiento. Se alude aquí a un consentimiento prestado libremente, de modo que sea legalmente válido, lo que no se verifica cuando la opción al tratamiento para quien padece la patología es la imposición de una sanción más grave, la pena (Falcone, Roberto; *op. cit.*, pág. 590; Cornejo, Abel, *Los delitos de tráfico de estupefacientes*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994; Cornejo, Abel; *Estupefacientes*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 295).

¹⁶ A propósito de ello, se ha expresado: “Semejante disparate constitucional no requiere mayores reflexiones: la ley argentina pena a un enfermo –que padece una enfermedad que puede ser mortal- porque no ha podido curarse” (Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 538 y ss.).

¹⁷ Situación que ha quedado relativizada a partir del precedente “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

sus derechos. No puede dejar de observarse el sesgo paternalista que asume aquí el rol del Estado, que impone al juez la obligación de sumar una medida de seguridad curativa a la pena, con el objeto de “proteger” al individuo contra su propia elección de su plan de vida.

Ahora bien, según es bien sabido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado un nuevo criterio en relación con la validez constitucional de la injerencia estatal en la esfera íntima de las personas, al expedirse sobre la punibilidad, o no, de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, sin trascendencia a terceros¹⁸. En el fallo “Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho”, nuestro más alto tribunal declaró la invalidez constitucional del artículo 14, 2º párrafo, de la Ley 23.737, lo que en cierta medida importa restar trascendencia actual al debate aquí referido en torno a las medidas de seguridad previstas por la citada ley.

Con diversos fundamentos, la Corte Suprema consideró que la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en tanto dicha conducta no afecte a terceras personas, resulta incompatible con el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, al suponer una intromisión estatal en el plan de vida escogido por cada individuo.

Ciertamente que si, por el motivo dado, el castigo legal de dicha conducta resulta ilegítimo, lo propio puede afirmarse respecto de la imposición de una medida de seguridad curativa a quien resulta atrapado por el sistema penal a raíz de su enfermedad¹⁹.

4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por definición, las medidas de seguridad resultan independientes de la preexistencia de un hecho ilícito, habida cuenta de que su objetivo es la neutralización de toda fuente de peligro previo a su efectiva manifestación. Sin embargo, no cabe duda de que para un Estado constitucional de derecho como el nuestro la comisión de un delito por parte del sujeto constituye un presupuesto necesario (no suficiente) de legitimación para la aplicación de la medida de seguridad²⁰.

Por su parte, la constatación de la peligrosidad de la persona sin la verificación de un hecho delictivo habilita la imposición de una medida de seguridad ajena al derecho penal, y más propia, en todo caso, del derecho civil o administrativo. La posibilidad de un tratamiento compulsivo de personas con dependencia síquica o física a las drogas queda contemplada claramente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por Ley 26.994.

¹⁸ CSJN, causa 9080, “Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho”, A.891.XLI.

¹⁹ Al respecto, se ha expresado: “En efecto, más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se analiza, que compele al sujeto involucrado (el enfermo) a transitar el estigmatizador camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su propia dignidad, pues en tanto el adicto sería conminado a un tratamiento obligatorio (medida curativa), el simple experimentador lo sería respecto de una medida educativa, técnicas éstas a partir de las cuales se somete al individuo —reiteramos, coactivamente— a una invasión de su persona y de su intimidad, circunstancia que violenta lo normado por el art. 18 de la C.N.” (Falcone, op. cit., págs. 597-598).

²⁰ En efecto, en virtud del principio de culpabilidad, si el sujeto es culpable de un hecho típico y antijurídico cabe la aplicación de una pena, por resultar imputable; mientras que la ausencia de culpabilidad en el obrar de la persona, lo convertirá en un inimputable, esto es, en un sujeto peligroso al que podrá aplicarse una medida de seguridad de carácter penal (art. 34, inciso 1º, párrafos 2º y 3º, CP). Conviene añadir que, a su vez, la imposición de una medida de seguridad de carácter penal debe regirse por el principio de proporcionalidad, es decir, por la acreditación fehaciente de la necesidad de aplicación de dicha medida.

Desde el reconocimiento a toda persona humana del goce de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, dicho cuerpo normativo establece la posibilidad legal de privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados (artículo 22). En tal sentido, se dispone que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto por las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial (artículo 23).

En la sección referida a las restricciones a la capacidad jurídica de las personas, el Código Civil y Comercial se ocupa de enumerar una serie de reglas generales para el dictado de medidas que cabe adoptar en la materia. Más en particular, el artículo 32 dispone: “Un juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

De tal modo, manteniendo un criterio biológico-jurídico, la norma prevé que a partir de los trece años se puede restringir judicialmente la capacidad de una persona cuando: por padecer una adicción o una alteración mental permanente o prolongada —no circunstancial—, de suficiente gravedad (elemento biológico), se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (elemento jurídico); o bien se puede declarar su incapacidad, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulta ineficaz. La norma contempla así dos supuestos bien diferenciados: incapacidad de ejercicio relativa, que alcanza los actos señalados en cada sentencia e incapacidad de ejercicio absoluta²¹.

Ahora bien, el Código introduce un nuevo criterio “interdisciplinario”, que permite superar la categorización jurídica de la capacidad en función del diagnóstico basado en un criterio meramente psiquiátrico, que exige considerarla a partir de su especificidad como ser humano y desde una óptica interdisciplinaria²².

Se estipula que, para solicitar la declaración de capacidad restringida, se hallan legitimados el propio interesado, el cónyuge y el conviviente, los parientes dentro del cuarto grado y el Ministerio Público Fiscal. La sentencia queda sujeta a determinadas restricciones generales previstas en el artículo 31, entre las cuales sobresalen su carácter excepcional, la necesaria intervención interdisciplinaria y la priorización de alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y las libertades.

Asimismo, a lo largo de todo el articulado vuelve a surgir, como condición fundamental, la garantía de los derechos del interesado, la supervisión y el seguimiento permanente del caso y la menor afectación posible de la autonomía personal de la persona bajo restricción²³.

²¹ Rivera, Julio César/Medina, Graciela; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, págs. 154 y ss.

²² Se considera que este abordaje permite brindar una visión más amplia de la persona, que contempla su contexto, situación y relaciones humanas (Lorenzetti, Ricardo Luis; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, págs. 142).

²³ De este modo, la restricción a la capacidad sólo puede ser justificada, una vez comprobados los supuestos legales, para beneficiar a la persona. El beneficio de la persona no será su “mejor interés” evaluado desde parámetros abstractos y/o externos, sino el respeto y la promoción de su autonomía y la asistencia

De acuerdo al marco procesal previsto en la sección tercera del nuevo Código Civil y Comercial, se exige agotar todas las instancias previas antes de proceder a una internación compulsiva. Con regulación anterior en el artículo 482 del viejo Código Civil²⁴, constituye una medida cautelar que procura velar por la salud y la integridad de las personas con consumo problemático o adicción a sustancias psicoactivas, proteger a su entorno familiar y salvaguardar, por razones de interés general, la seguridad y el orden público de la población.

5. LOS PROBLEMAS DE LAS RESPUESTAS Y LA BÚSQUEDA DE UN INTERVENCIONISMO MESURADO

A lo largo de este breve comentario al “problema de las drogas”, desarrollado a propósito de su tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial, procura mostrarse que la confluencia de las dos vías —la penal y la terapéutica—, empleadas universalmente para responder a aquél, ha generado, al mismo tiempo, sus propios problemas y conflictos. Esta coexistencia de modelos refleja, en buena medida, una concepción paternalista de la intervención estatal y una doble estigmatización del sujeto consumidor. Por otra parte, el tratamiento forzado constituye una medida que colisiona con derechos constitucionales esenciales.

El camino en la búsqueda de mayor equilibrio y medida en el intervencionismo estatal sobre esta materia ha sido en parte allanado, en el ámbito penal, luego del mencionado fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al alinearse a una concepción más progresista que, bajo ciertas condiciones legales, concibe el uso de sustancias estupefacientes en la esfera de los derechos privados.

En el ámbito privado, y en contrario sentido, suele postularse que la autonomía de las personas en situación de consumo problemático de tales sustancias ya se encuentra invalidada, y que el eje de la protección de la persona invocada en una medida cautelar de este tipo es, justamente, la restitución de su salud y el derecho a gozar nuevamen-

en la comunicación, comprensión y expresión de sus preferencias en el ejercicio de sus derechos (Lorenzetti, *op. cit.*, pág. 149). En tal sentido, el Código establece expresamente al respecto que el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (artículo 32, CCyC). Se estipula además que, durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso (artículo 34).

²⁴ Cuyo texto disponía: El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial. Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcohólicos crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcohólicos crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos.”

te del libre albedrío. Más allá de los criterios opuestos sobre la cuestión, no puede negarse la presencia de un nuevo espíritu en la nueva regulación propuesta en el Código Civil y Comercial de la Nación, a través de la especificación de las pautas o lineamientos que debe observar la ejecución de una medida cautelar de la especie.

BIBLIOGRAFÍA

BAIGÚN, David/ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Directores); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

COHEN, Stanley; *Visiones del Control Social*, PPU, Barcelona, 1987 (Trad. Elena Larrauri).

CORNEJO, Abel; *Los delitos de tráfico de estupefacientes*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

_____ *Estupefacientes*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2009, 2º edición.

DEL OLMO, Rosa; “La cara oculta de la droga” en: *PODER Y CONTROL Revista Hispano latinoamericana de disciplinas sobre Control Social*, N° 2 - Drogas y Psiquiatría, PPU, Barcelona, 1987.

_____ “Para definir el tráfico y consumo de drogas. Reflexiones iniciales” en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Año 3. Número 4 y 5. 2º Sem. 1993 1º Sem. 1994. UBA, Bs. As, 1994.

FALCONE, Roberto (Director); *Derecho Penal y tráfico de drogas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos; “Drogas y control social” en: *PODER Y CONTROL Revista Hispano latinoamericana de disciplinas sobre Control Social*, N° 2 - Drogas y Psiquiatría, PPU, Barcelona, 1987.

GRUP IGIA; “La evolución de la política legislativa y asistencial en los últimos años” en: *Convivir con las drogas. Legislación sobre drogas y sistema socio-sanitario: reflexiones y propuestas desde una perspectiva no represiva*, Barcelona, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

RIVERA, Julio César/MEDINA, Graciela; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

ROMANÍ, Oriol; “Cultura, riesgos y salud. El caso de las drogas” en: V.V.A.A., *Medicina Popular e Antropología da Saúde*, Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostella, 1997.

_____ *Las Drogas - Sueños y Razones*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

La unidad del ordenamiento jurídico y la antijuridicidad específicamente penal. Un argumento reversible.

Por Diego A. Peretti Ávila.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Planteamiento del problema. **III.** Desarrollo. **III.1.** Ámbito Penal. **III.2.** Nuevo Código Civil y antijuridicidad civil. **IV.** Conclusiones finales. **V.** Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo que tiene una finalidad esencialmente académica, conforme fuera encomendado por el Profesor Titular de la cátedra “C” de la asignatura Derecho Penal I –Parte General- que se dicta en el marco de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba.

Pretendemos en este escrito presentar al estudiante de Derecho, destinatario principal del mismo, un esquema sencillo que le permita aproximarse al problema de la unidad de la antijuridicidad y el Derecho penal, junto con las principales ideas que han sido objeto de debates de grandes y prestigiosos autores, extranjeros y nacionales, como así también, proponer una solución. No se trata, como decimos, de una producción preponderantemente científica, por lo que existen muchas precisiones que requeriría la temática que abordamos en ese ámbito que aquí omitiremos, en razón de la finalidad que guía a este breve ensayo.

Partiremos aquí de la presunción del conocimiento por parte de los estudiantes del concepto de la antijuridicidad y de su inclusión en la estructura del delito, concentrándonos específicamente en el problema que nos convoca y que plantearemos a continuación.

A su vez, a título meramente ejemplificativo, realizaremos una comparación somera entre dos ramas del Derecho –Civil y Penal-; que es extensible a toda la estructura del ordenamiento jurídico.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como afirma Fabián Balcarce, el Derecho Penal tiene la característica de construirse sobre la antijuridicidad proveniente de los demás sectores del ordenamiento jurídico, aun cuando en su configuración y tratamiento punitivo actúe con criterios específicamente criminales¹.

La gran mayoría de los autores está de acuerdo en admitir la existencia de una “*antijuridicidad genérica*”, en el sentido que constituiría un escándalo jurídico –una contradicción axiológica insoportable y una clara violación al principio de subsidiariedad, afirma Roxin²- que una conducta autorizada en alguna otra rama del Derecho, fuese castigada por el Derecho Penal. Esto deviene así lógico; puesto que constituiría una clara violación al principio de racionalidad, el cual forma parte, junto la razonabilidad, del meta principio de razón, que constituye una de las bases de limitación a la capacidad de actuación de los poderes públicos del Estado, que el mismo legislador autorizase o, aún más, en algunos casos, promoviese y regulase una conducta en cualquiera de las otras ramas del Derecho –civil, comercial, administrativa, laboral, etc.- y que, en la órbita penal, fuese luego objeto esa misma conducta de sanción– pues en tal caso el Estado estaría permitiendo o promoviendo, por un lado y castigando por el otro-.

¹ BALCARCE, Fabián Ignacio: “*La Antijuridicidad*” en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Aut. Varios, Director: Carlos Julio Lascano, Advocatus, Córdoba, 2000, T. II, p. 92.

² ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General –Fundamentos de la estructura de la teoría del delito-*; traducción al español a cargo de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; ed. Civitas; Madrid; 1997, T. I, p. 570.

El tema de discusión, producto de importantes debates entre grandes juristas, se da en el terreno de si, además de esta “*antijuridicidad genérica*”, se puede hablar de una “*antijuridicidad específica*” o perteneciente a la órbita exclusiva del Derecho Penal, deviniendo la manifestación genérica del fenómeno como necesaria, pero insuficiente a los efectos de completar la estructura del ilícito pasible de sanción penal.

III. DESARROLLO

III.1. Ámbito penal

La tesis que postula la necesaria existencia de una antijuridicidad específicamente penal – Schünemann, Mir Puig, Lascano, Balcarce, etc.-, tuvo su origen en el pensamiento de Hans Ludwig Günther que, en el año 1983, publicó su obra “*Antijuridicidad penal y exclusión del injusto penal*” –*Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*-, en la cual el autor, partiendo, desde el plano político-criminal, de la condición de fragmentario y subsidiario del Derecho penal, afirma que se puede hablar de una antijuridicidad específicamente penal que no abarcaría todos los comportamientos prohibidos por el Derecho, sino sólo los que muestran una gravedad cualificada y son, por ello, susceptibles de ser prohibidos bajo la amenaza de sanción cualificada, es decir, de pena.³

Como podemos observar, aquéllos que abrazan esta tesis parten de consideraciones de política criminal de la norma penal que exceden el ámbito y universo de dicha norma, puesto que se trata de una perspectiva impregnada por la política criminal de la Constitución Nacional misma, que se refleja en la regla penal. En este mismo sentido, refiere Knut Amelung, al analizar la creciente influencia del equivalente alemán al constitucional meta principio de razón, conocido allí como principio de proporcionalidad – *Verhältnismäßigkeitsprinzip*: conformado por los subprincipios de a) necesidad, b) idoneidad y c) proporcionalidad en sentido estricto, en este caso, de la reacción jurídico-penal en la configuración de la función político-criminal del tipo: “*..el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena.*”⁴ Es por ello que Mir Puig, expresa que la antijuridicidad penal se distingue de otras formas de antijuridicidad, en primer lugar, por exigir un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso, como así también, este desvalor de resultado debe ser imputable a una conducta especialmente desvalorada por su peligrosidad⁵ Balcarce afirma que “*la existencia de antijuridicidad genérica es condición necesaria, pero no suficiente para que exista ilícito penal. Es indispensable que concurra la antijuridicidad específica*”, para terminar concluyendo que la “*antijuridicidad genérica*” satisface los principios constitucionales de legalidad y lesividad; mientras que la “*antijuridicidad específica*”, en atención de tratarse de normas prohibidas bajo pena, lo que habla de una categoría especial de injusto, satisface, por su parte, los estándares de subsidiariedad y mínima intervención sentados por la Carta Magna⁶.

Carlos Lascano, volcado decididamente a una dogmática penal no sólo fundada, sino estructurada en base a la visión constitucional, ahonda aún más en las profundidades

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch S.A., Barcelona, 1992, p. 404.

⁴ AMELUNG, Knut: “*Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*”, en: SCHÜNEMANN, Bernd y ot.: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*; introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 97.

⁵ MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*, Reppertor S.R.L., 5ª edición -2ª reimpresión-, Barcelona, 1999, p. 139.

⁶ BALCARCE, Fabián Ignacio: “*La Antijuridicidad*”; op. cit.; p. 92.

de esta distinción de la antijuridicidad y, partiendo de una concepción de Derecho Penal mínimo, en la que se implementa una protección subsidiaria de bienes jurídicos, concluye en que, constitucionalmente, **el legislador no está legitimado para prohibir bajo amenaza de pena cualquier comportamiento ilícito en general** –nosotros ponemos aquí como ejemplo el caso de un incumplimiento contractual culposo, en el cual su estructura nunca constituiría la base que se requiere a los fines de ingresar en el ámbito del Derecho Penal– y, siguiendo la ruta trazada por este método, nuestro catedrático llega a la siguiente conclusión: “*Combinando los arts. 18 y 19 C.N., y teniendo en cuenta la limitación emergente del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, a través del principio de última ratio del Derecho Penal, estimamos que no sólo se trata de saber cuándo puede legitimarse desde el punto de vista constitucional que un determinado comportamiento pueda estar, en general, prohibido o mandado (antijuridicidad general), sino cuándo podría estar prohibido o mandado bajo amenaza de pena (antijuridicidad penal)*”⁷.

En contra de esta tesis se han alzado las voces de numerosos y prestigiosos autores. En esta línea, por ejemplo, se encuentra Zaffaroni. El jurista latinoamericano advierte que el reconocimiento de la antijuridicidad específicamente penal, basada en un criterio de prevención general, priva a la antijuridicidad de toda función propia y borra las fronteras entre exclusión del injusto, exculpación y exclusión de la pena por lo que, en última instancia, conduce a la destrucción del sistema de la teoría del delito⁸.

Una de las críticas más sólidas que se han efectuado a la tesis que propugna la antijuridicidad penal proviene de la obra conjunta que llevaron a cabo Jorge Enrique de la Rúa –el gran maestro cordobés recientemente desaparecido, aunque jamás de la memoria de aquéllos que lo conocimos, admiramos y estimamos profundamente– y Aída Tarditti. Los autores afirman, también basándose en la Constitución Nacional, con mucho criterio, que la antijuridicidad tiene una dimensión extra sistemática a la teoría del delito y que, por ello, requiere de la unidad del concepto por el principio de no contradicción –en este caso, no es factible que el orden jurídico exprese juicios de desvalor contradictorios sobre un mismo objeto, al modo de “prohibido” o “permitido”–⁹, de este modo concluyen “...a diferencia del concepto del tipo que es propio del derecho penal, la antijuridicidad es un concepto común que comparten todas las ramas del Derecho en la medida que sea coincidente el objeto o materia sometida al juicio valorativo de contrariedad.”¹⁰

⁷ LASCANO, Carlos Julio: “*Derecho Penal y Constitución*”, conferencia dictada el 6 de agosto de 2010 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., en el marco del “Segundo Congreso de Jóvenes Penales – Primer Congreso Binacional argentino-uruguayo”.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, 2ª edición, Bs. As., 2002, p. 596. Por mi parte, afirmo que comparto parcialmente la conclusión a la que llega Zaffaroni; puesto que la admisión de la tesis de la antijuridicidad específicamente penal no lleva a la necesaria destrucción de la estructura de la teoría del delito o, fundamentalmente, a las garantías que ella implica a favor de los ciudadanos, mas sí a su reformulación. Mal puede hablarse de una estructura que tiende a un concepto unitario y autoritario del delito, cuando esta misma teoría abreva de los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y sitúa a la dogmática penal y sus estructuras en el preciso lugar donde siempre debe de estar, por debajo y en asonancia con las bases de la Norma Fundamental. Para ver más objeciones se puede consultar la obra que citamos en esta nota, ps. 596 y ss. Roxin rechaza la inclusión de la escala valorativa adicional de la antijuridicidad penal, pero le reconoce a Günther la posibilidad de una exclusión específica del injusto penal por causas de justificación que sólo operarían en el Derecho Penal, mas estas serían, de carácter excepcionalísimo, véase: ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., ps. 557 y 571-572 respectivamente.

⁹ Aclaremos que el principio de no contradicción es un componente del meta principio de razón, como, a su vez, el de identidad y el de tercero excluido.

¹⁰ DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída: *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, T. I, ps. 546-548.

De la Rúa y Tarditti, teniendo en cuenta que es muy difícil encontrar separadas conceptualmente a la teoría de la antijuridicidad específicamente penal de aquella tesis que aboga por la teoría bimembre del delito –tipo de injusto y culpabilidad-, se manifiestan, desde el punto de vista intra-sistemático a favor de la estructura trimembre del delito –integrado éste por tipo, antijuridicidad y culpabilidad-, salvando el principal escollo de esta toma de posición, al sostener que unidad de antijuridicidad no significa que las causas de justificación que provienen de todo el Derecho y que excluyen la antijuridicidad, impidan otras consecuencias jurídicas fundadas en factores de atribución de responsabilidad diferentes. Afirman los autores que, en el ámbito del Derecho de Daños, se admite la reparación aun en caso de actos lícitos, en atención a que se ha producido un cambio en dicha área en el aspecto axiológico, llevando el presupuesto de la responsabilidad de la antijuridicidad a la injusticia del daño ocasionado, es por eso que citando a Zavala de González refieren: “*Por ejemplo, si en la legítima defensa, se daña una cosa de un tercero ajeno a la agresión ilegítima que se repele. En el sentido que se ha reseñado en el texto, se sostiene que “aunque el hecho sea lícito o inculpable, puede resultar inequitativo dejar de indemnizar el daño padecido por una víctima inocente”*”.¹¹

III.2. Nuevo Código Civil y antijuridicidad civil

Con la Reforma se ha introducido a la antijuridicidad en el texto de la Ley Civil. Tal es así que el nuevo artículo 1717 C.C., establece: “*Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”. Con esto se reconoce a la jurisdicción la función de justificación que nosotros reconocemos en el Derecho Penal. En el artículo siguiente -1718-, el legislador civil señala tres hipótesis de justificación de la siguiente manera:

“*Está justificado el hecho que causa un daño:*

“*a. en ejercicio regular de un derecho;*

“*b. en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente “proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el “tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho “realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;*

“*c. para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al “agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo, el hecho se halla “justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este “caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida que el juez lo “considere equitativo”*”.

Nos vamos a detener, en lo que hace a nuestro trabajo, en las hipótesis “b” y “c”, de este último artículo de la Ley Civil, es decir en el reconocimiento de la legítima defensa y del estado de necesidad y las consecuencias que deriva el legislador en esta rama del Derecho, de estas dos causales de justificación.

El gran maestro cordobés, don José A. Buteler Cáceres, define al Derecho Civil como: “*...el derecho privado común que regula integralmente la situación de la persona, dentro de la comunidad, ya mirada en sí misma y a través de cuanto le es inherente, ya mirada respecto del núcleo familiar dentro del cual se integra y perfecciona, ya mirada como titular de un patrimonio, ya proyectada más allá de la muerte a través de la transmisión hereditaria*”¹²; mientras que su colega Jorge J. Llambías, consiente en el hecho que el

¹¹ DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída: *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 549 y nota 31, situada al pie de la misma página que citamos.

¹² BUTELER CÁCERES, José A.: *Manual de Derecho Civil. Parte General*; Advocatus; Córdoba; 2000; p. 29.

Derecho Civil ejerce las funciones de “*tronco común*” del Derecho Privado o “*fondo residual subsistente*” después de los diversos desmembramientos ocurridos en el curso de la historia, estructurado su dominio de aplicación en cuatro instituciones fundamentales, a saber: a) la personalidad; b) la familia; c) el patrimonio y d) la herencia¹³.

De las citas que acabamos de transcribir extraemos con claridad que el Derecho Civil es una herramienta distinta del Derecho Penal; puesto que el primero se desenvuelve dentro del ámbito del Derecho Privado, a diferencia de nuestro objeto de estudio, que se desarrolla en la órbita del Derecho Público; por lo tanto, las funciones de ambos son diferentes.

Las causas de justificación, en lo que respecta al campo del Derecho Civil se desenvuelven en el ámbito de las relaciones estrictamente patrimoniales o de la indemnización apreciable económicamente por los daños causados, sin encontrarse vinculadas a la legitimación del ejercicio de la potestad represiva del Estado, como es en el caso del Derecho Penal.

De la diversa función de la norma civil, surge una estructura de la norma que es poco frecuente, diría que hasta improbable, encontrar en la ley penal. Como acabamos de ver en el inciso “b” del art. 1718 C.C., existen dos proposiciones normativas completamente distintas y ambas se encuentran dentro del campo de la juridicidad. La primera de estas proposiciones autoriza al agente a causar daño a su agresor en situación de legítima defensa –lo justifica-, a esto vamos a llamar “*campo de la permisión*”; mientras que la segunda proposición normativa obliga a aquél que ha causado a un tercero inocente dicho daño justificado –en ocasión de legítima defensa- a repararlo integralmente, a este segundo ámbito vamos a llamar “*campo de la reparación*”.

Entonces, el mensaje de la norma civil hacia el sujeto es el siguiente: “*Usted se encuentra autorizado –y el sujeto pasivo, en principio, obligado a soportar- a causar un daño al agresor en ocasión de legítima defensa; sin embargo, una vez llevado a cabo dicho daño lícito, debe reparar integralmente al tercero inocente*”. La antijuridicidad civil no se da por el hecho de ocasionar un daño en el caso de encontrarnos amparados por una causa de justificación, sino por mantener inalterado el estado de menoscabo de la propiedad ajena –del tercero inocente-, sin enmendar esta situación mediante la indemnización del perjuicio ocasionado al tercero inocente.

IV. CONCLUSIONES FINALES

Con el ejemplo que acabamos de referir, que es el mismo citado por De la Rúa y Tarditti; pero visto desde la órbita civil, podemos observar que la Reforma vino a clarificar el panorama: la obligación de reparar el daño causado no surge de la “injusticia” de éste o de la equidad, sino que tiene su fuente en la misma ley, el art. 1718 C.C. el cual, sólo está cumpliendo su función, como legislación subordinada, de asegurar la inviolabilidad de la propiedad privada que emana del reconocimiento de ella que realiza el artículo 17 de nuestra Constitución Nacional, como así también promover el libre goce y ejercicio de este derecho fundamental. Lo que decimos aquí del inc. “b”, lo aplicamos, igualmente, al subsiguiente –estado de necesidad-; puesto que, si bien allí se hace referencia a la “equidad”, que se refiere más a la casuística, la obligación de reparación a favor del tercero inocente no surge de ningún otro ámbito que el de la misma ley –derivada del artículo 17 C.N.-.

Asimismo, podemos apreciar que la órbita de juridicidad civil, en lo referente a las causas de justificación, está compuesta de dos componentes demarcados por los campos de

¹³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*; Perrot; decimosexta edición; Bs. As.; 1995; T. I; ps. 45-46.

“*permisión*” y de “*reparación*”, respectivamente. El campo de juridicidad que influye en la órbita del Derecho Penal se agota en la “*permisión*” misma y no ingresa, como es lógico al de la “*reparación*”, por lo que decimos que es estructuralmente más restringido que el civil.

Lo que acabamos de señalar no hace más que confirmar que no se puede hablar de una completa y única juridicidad o antijuridicidad; puesto que éste es un concepto que se integra y estructura en razón de la función que cumple cada rama del Derecho. Diferente función y, por ende, diferente perspectiva puede y, de hecho da lugar, a una diferente estructura, proveniente de un proceso diferente de valoración orientado por la necesidad que tal o cual rama del Derecho debe cubrir específicamente.

Retornamos, con esto, a lo que afirman Lascano y Balcarce quiénes, tomando como pilar a la Constitución Nacional y a la subordinación del Derecho Penal y su dogmática a ésta, señalan que éste último tiene la característica de construirse sobre la antijuridicidad proveniente de los demás sectores del ordenamiento jurídico, aun cuando en su configuración y tratamiento punitivo actúe con criterios específicamente criminales. La juridicidad o la antijuridicidad penal acompañan a la civil sólo hasta los límites del “campo de la *permisión*”; pero, como resulta obvio de su función, no se traslada con ésta al “campo de la *reparación*” que funcional y teleológicamente le es ajeno.

Con lo dicho y, a fines de no sobreabundar teniendo en cuenta los objetivos de este trabajo, debemos coincidir con De la Rúa y Tarditti, quiénes partiendo también de un análisis que ubica, como debe ser, a la Norma Fundamental en primer orden, afirman con todo criterio que el Derecho no admite que una conducta esté prohibida por una rama del mismo y permitida, cuando no promovida agregamos nosotros, por otra –“*campo de la permisión*”-. **Sin embargo, decir que una conducta es “jurídica” desde el punto de vista penal, implica sólo referirse al área que determina lo permitido y lo prohibido por otras áreas del Derecho**, mas no quiere decir que pueda ser afirmado con justicia que esa misma conducta no pueda llevar consigo “esquirlas de antijuridicidad”, apreciables por las otras ramas del ordenamiento jurídico, de acuerdo a la función social de control y protección asignadas respectivamente, lo que puede llegar a hacer, como vimos, variar sustancialmente nuestro primer resultado.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BUTELER CÁCERES, José A.: *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2000.

DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída: *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015; T. I.

LASCANO, Carlos Julio: “*Derecho Penal y Constitución*”, conferencia dictada el 6 de agosto de 2010 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., en el marco del “Segundo Congreso de Jóvenes Penalistas – Primer Congreso Binacional argentino-uruguayo”.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot; decimosexta edición; Buenos Aires, 1995, T. I.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*, Reppertor S.R.L., 5ª edición -2ª reimpresión-, Barcelona, 1999, p. 139.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General –Fundamentos de la estructura de la teoría del delito-*, traducción al español a cargo de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; ed. Civitas; Madrid, 1997, T. I.

SCHÜNEMANN, Bernd y ot.: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch S.A., Barcelona, 1992.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl-ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 2002.

Impacto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho Penal, en relación a las excusas absolutorias

Ernesto José Cano

El art. 1778 del Nuevo CC incorpora una previsión legal antes no prevista. Así, el **Libro Tercero del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación** regula los derechos personales. Concretamente, en el Título V (“Otras fuentes de las obligaciones”), el Capítulo 1 (“Responsabilidad Civil”), la Sección 11^a (“Acciones civil y penal”), el **art. 1778 del CC** establece que: “Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario”.

Sobre el particular, debemos recordar que las excusas absolutorias son determinados supuestos en los cuales el ordenamiento penal, pese a encontrarse configurados los presupuestos del tipo, considera pertinente eximir de punibilidad¹.

Principalmente, se encuentran contempladas en los arts. 115, 116 y 117 del Código Penal, en cuanto a los delitos cometidos contra el honor. Así, las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores en el marco del proceso, siempre que no hayan sido dadas a publicidad, quedan sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias que correspondan (art. 115 del Código Penal). Por otra parte, el juez podrá eximir de pena a las dos partes o a alguna de ellas, cuando las injurias fueren recíprocas (art. 116). Por último, el ordenamiento penal prevé que queda exento de pena el culpable de injurias o calumnias cuando se retracte públicamente, con anterioridad a contestar la querrela o en el acto de hacerlo (art. 117).

Como se puede observar, en todos estos casos los presupuestos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución) se encuentran reunidos, más allá de que se dicte la absolución en sede penal. Es por ello que el art. 1778 del Código Civil y Comercial establece expresamente que la existencia de una excusa absolutoria en la sede punitiva no afecta a la acción civil, salvo que exista una disposición legal en contrario.

Lo mismo ocurre cuando, en materia de delitos contra la propiedad, el art. 185 del Código Penal establece que se encuentran exentos de responsabilidad los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; el consorte viudo, respecto de las cosas que pertenecían al difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otros; y los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. En este aspecto, el propio ordenamiento penal, en el artículo citado en último término, establece que la eximición penal no excluye la eventual condena civil, pues se encuentran presentes los presupuestos del deber de indemnizar antes aludidos². Es que el fundamento de esta exclusión en sede penal, sustentada en la inexistencia del procedimiento penal entre parientes, no impide a la víctima del hecho ilícito alcanzar la indemnización de los daños que le hayan sido ocasionados³.

Considero provechoso esta expresa referencia a la cuestión mencionada. De hecho, aun cuando la existencia de circunstancias legalmente establecidas habiliten al juez a dis-

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Comentario al art. 1089 del Código Civil”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.)- ZANNONI, Eduardo A., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. 5, p. 249 y ss.

² SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1973, T. IV, p. 164; NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Lerner, Buenos Aires, 1959, T. V, p. 550.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Comentario al art. 1094 del Código Civil”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.)- ZANNONI, Eduardo A., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. 5, p. 279 y ss.

poner la exclusión de la pena aplicable no obstante poder calificar al comportamiento del agente como típicamente antijurídico y culpable, estas excusas absolutorias constituyen figuras jurídicas propias del Derecho Penal y sus paradigmas, ajenas a la naturaleza y finalidad de la acción civil diseñada para el ejercicio de la tutela resarcitoria.

Delitos contra la Propiedad. Posibles puntos de contacto Código Civil 2015 con el Derecho Penal. Exclusión del cuerpo humano y sus derechos de valor comercial permitiendo su tráfico para otros fines. Propiedad y Posesión comunitaria de las tierras indígenas y usurpación (víctima y usurpación “entre indígenas”. Regulación de bienes, cosas, aguas. Usurpación en uniones convivenciales para el supérstite. Usurpación y cementerios privados. Fraudes por abuso de posición dominante. Reglas de dominio y derechos reales. Conjuntos dominiales. Posesión de sucesores. Circunvencción de incapaces y matrimonio in extremis.

María Cristina Barberá de Riso

INTRODUCCIÓN

Para analizar los posibles puntos de contacto de los Delitos contra la Propiedad con el Código Civil vigente a partir del 1° de agosto de 2015 se debe tener en cuenta que el Código Civil fue dictado por medio de la Ley 26994 pero deben agregarse textos de la legislación complementaria aprobados por ley 26939 (Digesto Jurídico Argentino, DJA) y las normas posteriores al 31/3/2013. Asimismo una cantidad de leyes (relativas a seguros, sociedades, navegación, etc.), habían sido consolidadas por el Digesto sobre el Código de Comercio, que a su vez fue derogado por la ley 26994 de sanción del Código Civil y Comercial. En la Edición Zavalía se han tomado los textos de esas leyes y sus modificaciones de su publicación oficial, sin tener en cuenta su inclusión en el Código de Comercio. “Todos los textos” señala la nota del Editor “han sido actualizados (en su caso) con las normas posteriores al 31/3/2013”. Algunas leyes, sigue indicando el Editor son modificadas por la ley 26994, con vigencia a partir del 1/8/2015 (Ley 27077). En esos casos, señala el Editor han publicado los textos actualmente vigentes y los que regirán a partir del 1/8/ 2015 aclarándolo en cada caso. Sin embargo, a pesar de toda esta aparente prolijidad han omitido tener en cuenta que la ley de Trasplante de órganos 23193 sufrió modificaciones por la ley 26066 y esta Edición del Código Civil **no toma la ley de trasplante modificada**. Se advierte, sin embargo que el Código Penal Edición Zavalía 2014 trae la parte punitiva de dicha ley (26066).

Volviendo a los posibles puntos de contacto de la ley 26994 (Código Civil 2015), con el derecho penal, en el punto relativo a Delitos contra la Propiedad, debe señalarse que se produce con los contenidos de leyes Federales o leyes Nacionales o Leyes del Congreso y con el Código Penal respecto de determinados delitos.

I. LA EXCLUSIÓN DEL CUERPO Y SUS DERECHOS DE TODO VALOR COMERCIAL ADMITIÉNDOLO PARA OTROS FINES

Cuerpo humano

Trataré la cuestión en el siguiente orden: 1) Cuerpo humano de una persona con vida o sin vida. Diferencia con la noción cosa en general, del cadáver como cosa. 2) Cuerpo de las personas por nacer. Fundamento legal y Constitucional. 3) Interés preservado. 4) Puntos de contacto: I) Leyes Federales o Leyes del Congreso o Leyes Nacionales de: a) trasplante de órganos, b) sangre, c) derecho a la intimidad, II) Código Penal: esclavitud, servidumbre, trata de personas, prostitución, estafa(tratamientos estéticos invasivos con productos no informados al paciente –vencidos, reutilizados o no testeados en cuanto a sus consecuencias-, lesiones en el cuerpo con fines de lucro (Plan Alimentario Nacional, publicación, difusión de dietas no autorizadas), manipulación genética lucrativa, alquiler de vientres.

El Art. 17 del Código Civil 2015 dispone: Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

En ese sentido veo puntos de contacto con: explotación del cuerpo humano con fines comerciales y no para los fines admitidos (afectivo, terapéutico, científico, humanitario y social) mediante la violación a las leyes de: sangre, trasplante de órganos, células madre, genoma humano, alquiler de vientres y derecho a la intimidad y en el Código Penal en los títulos respectivos a la punición de la explotación ilegítima del cuerpo humano: por esclavitud, servidumbre, trata de personas, prostitución, estafa (por tratamientos estéticos invasivos con productos no informados al paciente), lesiones en el cuerpo con fines de lucro (Tratamientos alimentarios para mantenimiento de peso e invasivos para modelarlo), lesiones por violación al plan nacional nutricional cuando no se lo cumple y se comercian los alimentos, obviamente con fines de lucro.

Si bien en el esquema de los puntos de contacto se ubica este tema en Delitos contra la propiedad como se trata de infracciones penales pluriofensivas hay que tener en cuenta que no sólo vulneran la propiedad, sino también, a veces, otros bienes jurídicos como sería la libertad y la integridad física.

Los derechos sobre el cuerpo humano deben entenderse de una manera restringida sobre la protección a la no explotación económica del cuerpo humano materialmente considerado con y sin vida.

En ese sentido, aunque el soporte material de los derechos intelectuales está en el cuerpo, no abarca esos derechos, tampoco abarcaría, por ejemplo, la salud pública, ni tampoco los delitos contra las personas porque en ellos no está el sustrato de la **explotación económica total o parcial del cuerpo humano incluyendo su órganos y tejidos, la sangre, las células madres, sus genes y la explotación de vientres sustitutos.**

Asimismo debe referirse al cuerpo de las personas no nacidas todavía, sea in vitro o ya implantadas en el seno materno o generadas espontáneamente de manera natural en el seno materno, porque se las considera personas según el art. 19 C.C. en el sentido que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Esto no es ajeno al art. 17 C.C. pues siempre que al fruto de la concepción que no llegue a término se lo utilice con fines terapéuticos y/o científicos obrando con arreglo a la reglamentación vigente, no habría problema alguno. El problema se produciría con la explotación económica del cuerpo de las personas por nacer desde el momento de la concepción.

Cuando el punto de contacto se encuentra en leyes federales o nacionales, la explotación con fines económicos en general, son contravenciones federales o delitos de estructura formal pues imponen deberes a los ciudadanos para realizar una determinada conducta.

Como se puede apreciar sostengo la tesis que la diferencia entre delitos y contravenciones es sustancial no cuantitativa. En realidad se verá que son obligaciones para el individuo y no derechos protegidos por un bien jurídico determinado, sino sólo mediatamente, como ocurre con las infracciones que veremos contenidas en el Código Penal, donde de modo inmediato se viola un bien jurídicamente fundamental.

Esta consideración no es menor pues aclara el panorama acerca de lo que está punido respecto del cuerpo humano en determinadas situaciones, teniendo en cuenta que el Derecho Penal debe ser el último resorte del control social.

No sólo consideraremos el cuerpo humano de personas con vida sino también el de las personas sin vida, esto es cadáveres.

Si bien a los cadáveres se los considera “cosas” el cuerpo humano es una cosa de características especiales porque no tiene valor económico sino todo lo contrario y respecto del cual sus herederos o guardadores de ese cuerpo, tienen derecho afectivo o de respeto, respectivamente, sobre el mismo y si el titular de su cuerpo no lo ha hecho en vida, podrán disponer de todo el cuerpo con fines terapéuticos, científicos, humanitarios o social, tanto sus herederos, como sus legítimos representantes (C.C. art. 16: “los bienes materiales se llaman cosas”).

Otra cuestión diferente es la cuestión económica que genera la extracción de parte o de todas las partes de un cuerpo, sea que esté vivo o muerto, respectivamente, para cumplir fines terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales.

En ese sentido es un aspecto económico legítimo de cumplir pues en ese caso **no** hay “explotación ilegítima del cuerpo humano o sus genes por terceros” la labor médica de la extracción de sangre con fines terapéuticos, su análisis, su transfundido, igualmente que la extracción y ablación de órganos¹, que requiere la intervención de autoridad competente para autorizar la extracción y luego proceder a la conservación, traslado e implantación.

La preservación del cuerpo humano está ínsita en la preservación de la persona. En ese sentido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre establece en la IX Conferencia Internacional Americana “...que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los **atributos de la persona humana**”

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (111) del 10 de diciembre de 1948 dispone en el Art. 1 que “... nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El art. 24 dispone que “... toda persona tiene derecho al descanso... a una limitación razonable de la duración de su trabajo y el Art. 25 dispone que “... toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure... médica **la salud, el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, ...la asistencia**”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, con vigencia el 18 de julio 1978, dispone en el Artículo 5 “**Derecho a la Integridad personal, inc. 1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física...”**

En todos los casos va de suyo que se está refiriendo al **cuerpo** de la misma, de la persona.

El cuerpo de una persona con vida

El término cuerpo tiene varios usos, pero en cuanto a lo que aquí importa cuerpo humano es el que está compuesto por cabeza, tronco, las extremidades superiores (brazos) y las extremidades inferiores (piernas). Tiene elementos químicos, entre los que puede destacarse el hidrógeno y oxígeno, y el cuerpo contiene órganos que cumplen distintas funciones esenciales para la vida, sólo pocos y algunos cumplen funciones accesorias. Se distinguen entre distintos niveles jerarquizados en el cuerpo humano. Encontramos moléculas, que componen las células, éstas forman tejidos que, a su vez, dan lugar a los órganos. Los ór-

¹ En ese sentido ver el excelente trabajo “Trasplante de Órganos” BERTOLDI, María Virginia y BERGOGLIO María Teresa.

ganos se encuentran organizados en sistemas (Sistema nervioso central, sistema inmunológico y sistema endocrinológico).

En cuanto a las ciencias encargadas del estudiar el cuerpo están la fisiología que estudia las funciones, la anatomía que estudia las estructuras macroscópicas y la antropometría que se ocupa de las medidas y las proporciones del cuerpo².

También es cuerpo el de una persona que le falta alguna parte esencial del mismo al tiempo de nacer o luego la pérdida en el momento del nacimiento o por amputaciones posteriores o tenga discapacidades físicas de cualquier índole o intelectuales.

El cuerpo de una persona sin vida: es el cadáver. En este aspecto, es el cuerpo humano privado de vida, o también el cuerpo de la persona luego del fin de su existencia.

La palabra cadáver proviene del latín *cadavere*, en relación con el verbo *cadere*, “caer”, y significa “caído”, “mortal”. En otras lenguas, la palabra también deriva de *cadavere* (*kadaver* en alemán y holandés), pero por sobre todo para indicar el cuerpo de un animal muerto, mientras que en español se trata generalmente del **cuerpo** de una persona³.

Tiene su voz latina *cadavere*, aunque no esté claro el proceso etimológico. Según una versión, los romanos escribían en sus sepulturas la inscripción *caro data vermibus*, que significa “carne dada a los gusanos”. Esta expresión habría derivado en el acrónimo ca-da-ver. Otras fuentes antiguas tienen relación con verbo *cadere*, que, como se dijo, significa caer, en el sentido metafórico de la muerte como caída definitiva.

Fallecimiento de una persona: Ha habido cambio respecto de la ley 23193 y la ley 26066

De esta ley nos interesa:

- I. Cuándo debe entenderse que se produce el fallecimiento de una persona y consecuentemente cuando un cuerpo humano pasa a ser un cadáver ,
- II. Quién puede donar órganos
- III. A qué edad puede donar.
- IV. La especificación de la donación para determinados fines.
- V. Quién puede disponer de la parte o todo el cuerpo para donación si en vida no se hubiera especificado la concreta voluntad de no querer donar.
- VI. Sobre el cadáver de personas que han estado internadas en un hospital psiquiátrico no se puede extraer órganos ni tejidos.
- VII. Sobre el cuerpo de una mujer en edad gestacional a quien no se le haya practicado el examen correspondiente acerca de su posible embarazo no se puede efectuar extracción alguna de órganos o tejidos.
- VIII. No puede efectuar la ablación quien haya atendido al paciente fallecido durante su última enfermedad y por los profesionales que diagnostiquen su muerte.
- IX. La prohibición absoluta de toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte y la intermediación con fines de lucro.
- X. En el DNI se debe dejar constancia de la autorización para donar órganos post mortem.
- XI. El único organismo autorizado para todo lo referido a ablación de órganos es el INCUCAI (Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante)

² PARDINA, José (2010) “Muy Interesantes Preguntas y Respuestas – 11- Dossier Vampiros. Editorial: G+J España Ediciones, S.L. ISSN: 414237-00979

³ PARDINA, José, ob. y lug. cit.

- XII. Las infracciones penales. Donde el núcleo de la punición está en cumplir cualquier acto vinculado con la ablación de órganos con interés pecuniario, sea a título de autor, coautor, instigador, encubridor y se agrava la penalidad si es funcionario público.
- XIII. En las infracciones penales responde también el hospital donde se hubieren vulnerado las normas de ablación e implantes.
- XIV. Se establece un organismo de control COFESA (Consejo Federal de Salud) para verificar el cumplimiento de la ley de ablación e implante quienes responderán por omisión dentro de la cadena imputativa en los delitos de comisión, cualquiera sea el que se trate: por ejemplo el de vender un órgano.

El Art. 23 de la ley 26066 modificatoria de la 23193 dispone: El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

Ex. Art. 26 de la ley 24193: El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d) inactividad encefálica corroborada por medio técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central único Coordinador de ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

En lo atinente a la naturaleza jurídica del cadáver, la doctrina, ha ido inclinándose por la respuesta afirmativa, a la pregunta sobre si luego de acaecida la muerte, el cuerpo se transforma en una cosa. Esto es, luego de muerta una persona, su cadáver pasa a ser una cosa, pero se considera que está fuera del comercio, hasta que pase un lapso para transformarse en un cadáver ignoto, en cuyo momento adquiere relevancia para cumplir una tarea social, admitiéndose una cierta comercialidad, para fines de estudio e investigación, etc. Lo que se quiere señalar aquí se refiere a la admisión de lo que puede comercializarse en relación a extracción, traslado y trasplante de órganos o tejidos.

Sobre la noción de cosa el Art. 16 del nuevo Código Civil dispone que "...Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las con aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre"

También puede manifestarse la naturaleza jurídica de cosa, ya que ese cadáver, puede destinarse al cumplimiento de fines terapéuticos de extraordinaria importancia en nuestros días, como ya se indicara ut supra al tratar lo relativo a trasplante de órganos cadavéricos.

Legitimidad de los actos de disposición de órganos o tejidos provenientes de personas con vida Ley 26066. Art. 15 dispone sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su paciente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos. En todos los casos será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el artículo 3°. De todo lo actuado se labrarán actas, por duplicado, un ejemplar de las cuales quedará archivado en el establecimiento, y el otro será remitido dentro de las setenta y dos (72) horas de efectuada la ablación a la autoridad de contralor. Ambos serán archivados por un lapso no menor de diez (10) años. En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas en el primer párrafo del presente artículo. Los menores de dieciocho (18) años previa autorización de su representante legal podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto. El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada. La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase.

Art. 16. En ningún caso los gastos vinculados con la ablación y/o el implante estarán a cargo del dador o de sus derechohabientes. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades encargadas de la cobertura social o sanitaria del receptor, o de éste cuando no la tuviera.

Las entidades encargadas de la cobertura social o empresa privadas de medicina prepaga deberán notificar fehacientemente a sus beneficiarios si cubre o no sus gastos.

Art. 18 Cuando por razones terapéuticas fuere imprescindible ablacionar a personas vivas órganos o materiales anatómicos que pudieren ser implantados en otra persona, se aplicarán las disposiciones que rigen para los órganos provenientes de cadáveres. La reglamentación determinará los supuestos a los que se refiere el presente párrafo.

Art. 19 (texto vigente según ley 26066). Toda persona podrá en forma expresa:

1. Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la ablación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo.

2. Restringir de modo específico su voluntad afirmativa de ablación a determinados órganos y tejidos.

3. Condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de ablación a alguno o algunos de los fines previstos en esta ley –implantes en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación-.

En cambio en el texto original de la ley anterior, (que sale en la Edición Zavalía del Código Civil) establece que Toda persona mayor de dieciocho (18) años podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación.

La autorización a que se refiere el artículo podrá especificar los órganos cuya ablación se autoriza o prohíbe, de un modo específico o genérico. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante.

La cuestión de las penalidades de determinadas conductas deben ser estudiadas a la luz de la ley 26.066 (B.O. 22/12/05 que entró en vigencia a los treinta días de su publicación. El Código Civil 2015 tiene un error en cuanto a este punto pues toma la ley 24.193.

28. Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años de inhabilitación especial de dos a diez años si el autor fuere un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar:

a) El que directa o indirectamente diere u ofreciere beneficios de contenido patrimonial o no a un posible dador o a un tercero, para lograr la obtención de órganos o tejidos;

b) El que por sí o por interpósita persona recibiera o exigiera para sí o para terceros cualquier beneficio de contenido patrimonial o no, o aceptare una promesa directa o indirecta para sí o para terceros, para lograr la obtención de órganos tejidos, sea o no propios;

c) el que con propósito de lucro intermediara en la obtención de órganos o tejidos provenientes de personas o de cadáveres (Texto según Ley 26.066).

29. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años si el autor fuere un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar quien extrajera indebidamente órganos o tejidos de cadáveres.

30. Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro años a perpetua el que extrajere órganos o tejidos de humanos vivos, sin dar cumplimiento a los requisitos y formalidades exigidos en el artículo 15, con excepción de la obligación prevista en el tercer párrafo de dicho artículo que será sancionada con la pena establecida en el artículo siguiente (texto según ley 26.066).

33. Cuando se acreditare que los autores de las conductas penadas en el presente Título han percibido sumas de dinero o bienes en retribución por tales acciones, serán condenados además a abonar en concepto de multa el equivalente al doble del valor de lo percibido

Cuerpo de las personas por nacer. Fundamento legal y Constitucional.

Teniendo en cuenta que puede haber donación de órganos de las personas por nacer, en el caso que su gestación haya concluido pero el niño hayan nacido muerto, sea que se interrumpió su gestación y por medios naturales o con intervención médica queda fuera del seno materno, porque que éstas son personas desde el momento de la concepción Art. 19 C.C. ley 26994 (C.C. 2015) no cabe dudar que tratándose de una persona incapaz de dar su consentimiento, en el orden que establece la ley, en primer lugar, sus padres, puede ocurrir (Art. 19 ter incorporado por ley 26066) legalmente que se otorgue el consentimiento para la ablación de órganos y tejidos.

No se debe confundir con células madres, que ya veremos que son, se trata del cuerpo del *naciturus*.

No se advierte inconstitucionalidad alguna siempre que se respete la ley de ablación e implante.

34) Interés preservado: explotación ilegal del cuerpo humano o partes del mismo, muerto o vivo de personas por nacer muertas en el seno materno en una gestación llegada a término o por interrupción del embarazo, por terceros y en contra de la reglamentación vigente en su caso.

Tratándose de delitos contra la propiedad indiscutiblemente el núcleo de la cuestión está en evitar el lucro con el cuerpo humano en cualquiera de las instancias que sea.

Sangre. Ley 22.990. Ley de sangre B.O. 2/12/83. Sangre es un líquido rojo compuesto por plasma y células que, impulsando el corazón recorre el cuerpo de los animales (lo tomamos aquí en sentido lato y consideramos que quedan incluidos los humanos) y

cuya función es transportar los nutrientes y el oxígeno y retirar los desechos metabólicos. Es coagulable, lleva en suspensión en las células que la forman (hematíes, leucocitos y plaquetas). Su circulación es hecha por un sistema de vasos que se extiende por todas las partes del cuerpo sirviendo además de lo dicho, de intermediario entre los elementos anatómicos y el medio exterior. Es ligeramente alcalina con margen de variabilidad.

En realidad el término sangre etimológicamente proviene del latín y en concreto de la palabra sanguis que puede definirse como “suave” y es que dicho significado viene a expresar la textura de la sangre al tocarse. A la sangre, el fluido que nuestra especie tiene en el interior de venas y arterias, se la describe como un líquido de tonalidad rojiza presente en el organismo de humanos y otros animales, como se ha dicho. La principal función de la sangre es garantizar que el oxígeno y los nutrientes se distribuyan entre las células de cada organismo, aunque también se encarga de recoger los elementos de desecho que surgen de estas mismas células.

La sangre constituye alrededor del 7% del peso de la estructura corporal humana. Un hombre adulto cuenta, en promedio, con cerca de cinco litros de volumen de sangre. De estos cinco litros, casi tres corresponden al plasma sanguíneo.

Existen cuatro grupos de sangre A, B, AB y O. Si una persona tiene cierto grupo de sangre y le realizan una transfusión con sangre de otro tipo, enfermará y puede llegar a morir.

En este sentido es muy importante dar a conocer la existencia de los llamados bancos de sangre que aquellos centros que se encargan de conservar la sangre que, de manera voluntaria y desinteresada, donan los ciudadanos para ayudar a todas aquellas personas que en algún momento requieran recibir una transfusión para poder seguir viviendo.

No todos pueden donar sangre. Es importante que quienes deseen hacerlo cumplan con una serie de requisitos básicos tales como gozar de buena salud, tener una edad que se encuentre entre los 18 y los 65 años y contar con un peso mínimo de aproximadamente unos 50 kilos.

Con respecto a las enfermedades de la sangre, existen varias que son estudiadas por la hematología, se encuentran las que afectan a las células, a la médula ósea, a los elementos plasmáticos o al bazo y los ganglios linfáticos. De entre todas, la más conocida es la llamada leucemia.

Aquella, se caracteriza lamentablemente, por ser uno de los tipos de cáncer que más afecta a la población infantil y se define por estar marcada por el aumento de los leucocitos.

La Ley 22990 de 28/11/ 1983 dispone

91. Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y con multa de diez mil pesos argentinos a quinientos mil pesos argentinos, el que intermediare comercialmente y/o lucrare en la obtención, donación, clasificación, preparación, fraccionamiento, producción, almacenamiento, conservación, distribución, suministro, transporte, actos transfusionales, importación y exportación y toda otra forma de aprovechamiento de la sangre humana, sus componentes y derivados, fuera de los casos autorizados en la presente ley o el que diere a la sangre, sus componentes, o derivados, un destino distinto del que ella autoriza.

92. Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años los responsables de servicios de hemoterapia, bancos de sangre, plantas de hemoderivados, o laboratorios productores de reactivos, elementos de diagnóstico y sueros hemo-clasificadores, cuando bajo cualquier denominación o estructura éstos funcionaren sin estar legalmente autorizados y habilitados.

Igual sanción recaerá sobre las personas que obtengan y/o procesen sangre, sin estar debidamente autorizados. Art. 93 será reprimido con prisión de un mes a dos años el que

siendo responsable del suministro de los datos e informe requeridos de acuerdo al art. 80, omitiere proporcionarlos, los ocultare o los alterare, siempre que por aplicación del código penal no le correspondiere una pena mayor.

El art. 80 dispone. La autoridad de aplicación establecerá la documentación que deberá ser llevada por los establecimientos u organismos en relación a la materia de esta ley, tanto aquella de orden general del sistema, como también la que corresponda para satisfacer las necesidades propias mínimas de los distintos establecimientos; así mismo la documentación que deberá en cada una de las instancias mencionadas hasta el nivel nacional, a fin de establecer los resultados finales superiores del procesamiento de datos de todo el territorio nacional.

Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad consiste en la defensa de la persona en su totalidad a través de un muro que prohíbe publicar o dar a conocer datos sobre temas entre otros como la vida íntima entre lo que se cuenta dar a conocer datos de la imagen corporal. La revelación de estos datos conlleva a una pena en algunos países perpetua y en España de seis a siete años. El ser humano tiene derecho absoluto a mantener su vida privada y bajo ningún concepto esto puede ser revelado ni siquiera a una persona muy cercana. En ese marco debe entenderse el derecho que se refiere a sus datos personales como entre otras: imagen y salud. El derecho que poseen las personas el poder excluir a las demás personas del conocimiento de su vida privada implica que una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida particular como sería la imagen de su cuerpo.

De manera general la privacidad puede ser definida como aquel ámbito de la vida personal de un individuo, que (según su voluntad) se desarrolla en un espacio reservado y debe mantenerse con carácter confidencial. Por otro lado y según el diccionario de la Real Academia Española, privacidad se define como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger ante cualquier intromisión e intimidad se define como zona íntima y reservada de una persona.

En ese sentido el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece que el derecho a la vida privada es un derecho Humano y que: nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni cualquier entidad ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques de igual manera lo dispone el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el ámbito Regional el art. 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece una norma de protección similar a las anteriores. (el texto está disponible bajo la Licencia Creativ Commons Atribución).

Nuestro país no tiene normas penales sobre la preservación a la intimidad, sin embargo como se ha visto, es una cuestión de política administrativa que debe ser tratada.

Efectivamente el anteproyecto de Código Penal 2014 en el título IV de los delitos contra la libertad cap. III protege la intimidad o privacidad entre los arts. 119 y 121, estableciéndose penas de hasta diez años.

Estaría dentro de los delitos contra la propiedad, la extracción de imágenes corporales no autorizadas y luego publicadas con fines de lucro. Por ahora y de acuerdo a la jurisprudencia que tenemos (Balbín) se ha hecho lugar a acciones civiles por daños y perjuicios, materiales y morales.

Esclavitud y servidumbre.

El Art. 140 del Código Penal ley 26.842 (B.O. 27/12/12) dispone: serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro a quince años el que redujere a una persona a esclavitud o

servidumbre, bajo cualquier modalidad y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil. El código penal ley 11.179 disponía serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. El anteproyecto del código penal 2014 en el art. 105 dispone:

1. Sera reprimido con prisión de tres a quince años el que redujera a una persona a servidumbre o a otra condición análoga, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella.

2. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por el delito previsto en este artículo, en los términos del presente código. La norma del art. 140 descripta en primer lugar, hoy vigente, puede conservar el antiguo nombre romano de plagio, porque es necesario distinguirla del simple secuestro.

Tiene fundamento constitucional cuando se declara en el art. 15 “en la Nación Argentina no hay esclavos... Todo contrato de compraventa de personas es un crimen que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que o autorice”

La esclavitud es una condición jurídica a la cual un sujeto puede verse reducido por la acción criminal de otro, se crea una situación de hecho clara a la cual la ley podría aludir con pleno sentido, comprar o vender un hombre era en Roma como en los tiempos posteriores una operación comercial como cualquier otra, era un hecho tan clara como el hurto o la usurpación pero modernamente es necesario concebir esta figura sin que existan las condiciones jurídicas y aún sociales que le daban sustancia real e histórica y definir una forma de privación de la libertad distinta a la que se define en el art. 141.

El art. 140 C.P. por su parte se refiere a un estado de privación de la libertad sin encerramiento, el delito consiste en reducir a la servidumbre u otra condición análoga. Se trata por lo tanto de un ataque mucho más extenso que el de una simple privación de libertad ambulatoria, que puede subsistir porque el sujeto goza de una aparente libertad.

Dados los antecedentes de la infracción es claro que con el término servidumbre se ha sustituido la palabra esclavitud, pero no se ha corregido fundamentalmente el concepto. No se ha querido hacer referencia a una mera relación de servicio donde se puede apreciar claramente el fin de lucro, sino a una relación de sometimiento y enajenación de la voluntad y de albedrío de una persona en el sentido genérico de aquellas potencias. Por lo tanto para considerar cometido este delito se hace necesario no ya solamente una dominación física sobre el cuerpo, sino un verdadero dominio psíquico. Esta figura que estudiamos comporta algo más, consiste en apoderarse de un hombre para reducirla a la condición de una cosa: comprar, vender, cederlo sin consultar para nada su voluntad, servirse de él sin reconocerle derechos correlativos a su prestación⁴.

Como se puede apreciar son conductas pluriofensivas porque afectan la libertad y la propiedad privada de la víctima desde que en uno o en otro caso habrá una apropiación indebida dado que por una vía negativa o positiva el autor impide que el sujeto pasivo produzca un ingreso para sí mismo o bien le hace prestar servicios y no se los paga, respectivamente. En ambos casos usa su cuerpo y lo daña físicamente y patrimonialmente.

En cuanto al delito contra la propiedad entra dentro de las previsiones del art. 172 (estafa genérica) pues defrauda a otro convirtiéndolo en una cosa mediante cualquier ardid o engaño. Aquí se advierte la pluriofensividad: libertad-propiedad

Trata de personas.

⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino* 3ª. Ed. Parte Especial 1970, T. 4º, Tipográfica editora Argentina, Bs. As. 1970 pág. 24 a 27).

Art. 145 bis ley 26. 842 B.O. del 27/12/12 dispone: será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

El anteproyecto de 2014 en el art. 111, bajo el título Trata de personas, dispone: I será penado con prisión de uno a ocho años, el que captare, transportare o recibiere a una persona para someterla a extracción forzada de órganos o tejidos, o a cualquier forma de explotación sexual o laboral, o el que con el mismo fin promoviere o facilitare su entrada o salida del país aunque mediare el consentimiento de la víctima.

Tanto la regla vigente en el Código Penal cuanto en el Anteproyecto es evidente que existe explotación del cuerpo de una persona y de hecho hay un lucro de por medio.

La Constitución Nacional en el Art. 14 declara que todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber de trabajar y ejercer toda industria lícita de navegar y ...de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...de disponer de su propiedad...” y el Art. 14 bis dispone que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las asegurarán a trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada, descanso y vacaciones pagados; retribución justa...”

Resulta claro entonces que el cuerpo de una persona no debe ser sometido a explotación alguna con fines lucrativos mediante sometimiento de alguno. Desde el punto de vista de los delitos contra la propiedad se trata de una forma de engaño ardidoso propia de estafa. En la realidad existe una oferta mentirosa para un trabajo remunerado y mediante un ardid logran captar a una persona para someterla en su cuerpo (C.P. art. 172).

Explotación de la Prostitución

El Art. 127 del C.P. ley 26842⁵ dispone: Será reprimido con prisión de cuatro a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco a diez años de prisión, si concurrieren alguna de las siguientes circunstancias: 1) Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

El anteproyecto de C.P. 2014 en el art. 130 Promoción de la Prostitución de mayores y proxenetismo I. Será reprimido con prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de sesenta a trescientos sesenta (360 días), el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de mayores de edad, mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia de autoridad o de poder.

Como se advierte surge aquí lo que es propio de los delitos contra la propiedad que es el ánimo de lucro.

La doctrina en general, no duda que no existe otra forma de promover la prostitución sea de menores o de mayores que no se haga a través de la explotación del cuerpo.

La Dra. María Elena Babagelata votó en disidencia en este artículo pero fue sobre la pena y si bien no usó la noción ánimo de lucro utilizó la noción “si mediare.... Recepción de pagos o beneficios al autor...” y en el caso de los menores de trece años la misma

⁵ B. O. 27/12/12. El texto anterior según ley 25087 (B.O. 14/5/99) disponía una pena de tres a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando engaño, abuso coercitivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

autora disiente con la pena pero estructura el tipo penal agravado por la menor edad de la víctima aludiendo al que “explotare económicamente” en los incs. 4 y 4. 2.

Tratamientos estéticos invasivos con productos no informados al paciente - vencidos, reutilizados o no testeados en cuanto a sus consecuencias-, b) lesiones en el cuerpo con fines de lucro –tratamientos alimentarios para mantenimiento de peso e invasivos para modelarlo-.

Este punto trae dos situaciones: una que no está expresamente regulado pero que se ha considerado a través del delito de estafa y, en su caso en concurso ideal con lesiones cuando al cuerpo de una persona aún en el caso que preste su consentimiento se le implanta prótesis reutilizadas o de menor calidad a la convenida y en su caso se inyectan sustancias no testeadas respecto de las consecuencias tóxicas que pueden producir y expandirse.

Nuevamente, con finalidad lucro indebido se explota el cuerpo de una persona.

También se puede apreciar que pueden producirse lesiones, leves, graves y gravísimas que podrían ingresar en el ámbito culposo pero cuando a su vez se sabe que se está engañando mediante un ardid, se está cometiendo el delito de estafa que es doloso y las lesiones pasan a ser de igual índole.

En cuanto a lo que a nosotros interesa, a través de la estafa por la reutilización de implantes o implantes o productos de menor calidad y obviamente menor precio, estamos dentro del ámbito de los delitos contra la propiedad pero si a la vez se producen lesiones por la utilización de elementos de mala calidad o no testeados o reutilizados, se plantea una seria cuestión respecto del aspecto subjetivo del delito de lesiones, como se dijo. En cuyo caso la pregunta es ¿a qué título le es imputable?

En cuanto a la participación se los considera imputables a todos los que han intervenido en el acto médico quirúrgico que conocen de la calidad de los elementos y se los considera responsables, hoy penalmente también al establecimiento de salud donde se haya efectuado el implante a la que le corresponderá sanciones penales como la clausura.

Hay sentencias por implantes odontológicos de Tribunales españoles.

El otro problema es nutricional.

La ley 25724 (B.O. 17/1/2003) establece el Programa de Nutrición y Alimentación Nacional destinado según el art. 2 a cubrir los requisitos nutricionales de niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza.

El Artículo 10 dispone que: El presente programa será auditado mensualmente por los organismos de control nacionales establecidos por ley.

El otro aspecto es el relacionado con la prevención y control de los trastornos alimentarios que comprenderá la investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades vinculadas, asistencia integral y rehabilitación incluyendo la de sus patologías derivadas y las medidas tendientes a evitar su propagación, declarándola de interés nacional conforme el art. 1.

No cabe duda de que nuevamente es el cuerpo humano el que se encuentra en juego en estos casos. El primero puede ser vulnerado por omisión de las personas responsables de la nutrición de una menor de catorce años, embarazada, discapacitado o de setenta años en situación de pobreza y luego por déficit de control. Si sus omisiones encierran fin de lucro, en el sentido de, quedarse para sí, canjear por servicios u otros bienes o vender esos alimentos está dentro de los delitos contra la propiedad y podría haber una estafa calificada a tenor de lo dispuesto por el art. 174. 5 en contra de la Administración Pública.

El Art. 12 por su parte establece: Queda prohibida la publicación o difusión en medio de comunicación de dietas o métodos para adelgazar que no conlleven el aval de un médico y/o licenciado en nutrición.

El art. 21 dispone: facultase el Poder Ejecutivo a dictar las disposiciones de carácter sancionatorio ante el incumplimiento de la presente ley, teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la reiteración de la misma.

Dichas sanciones se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil y o penal que pudiere corresponder.

Manipulación genética lucrativa –células madres-

Las células madres son células que se encuentran en todos los organismos multicelulares y que tienen la capacidad de dividirse a través de la mitosis y diferenciarse en diversos tipos de células especializadas, además de auto renovarse para producir más células madres, en los organismos adultos las células madres y la células progenitoras actúan en la regeneración de los tejidos del organismo. Las células madres tienen la capacidad de dividirse asimétricamente dando lugar a dos células hijas, una de las cuales tiene las mismas propiedades que las células madres originarias (auto renovación). Y la otra adquiere la capacidad de poder diferenciarse si las condiciones ambientales son adecuadas. Las células madres podrían tener multitud de usos clínicos y podrían ser empleadas en medicina regenerativa por ej. Para tratar enfermedades hematológicas, diabetes de tipo uno, Parkinson, destrucción neuronal e infartos, hay células madres en el líquido amniótico y en el cordón umbilical. Se pueden obtener también de donantes cadavéricos que sobreviven y mantienen sus propiedades tras un proceso de congelación post mortem.

Hay también células madres en los embriones crio conservados, estos embriones son procedentes de reproducción humana asistida que cuando se fecundan más de los necesarios pueden ser donados por los pacientes que se someten a este tratamiento⁶.

Existe una seria controversia sobre el uso de las células madres porque implican el uso de embriones humanos y de tejido cadavérico fetal y exige un cuidadoso examen de las cuestiones éticas relacionados con el progreso de la investigación biomédica.

Contrariamente, las investigaciones médicas opinan que es necesario proceder con la investigación de las células madres embrionarias porque las tecnologías resultantes podrían tener un gran potencial médico y que el exceso embrionario creado por la fertilización in vitro puede ser donado para las investigaciones. Esto en cambio produjo conflictos con el movimiento pro vida de quienes se adjudican la protección de embriones humanos, el constante debate ha hecho que las autoridades de todo el mundo busquen la regularidad en los trabajos y marquen el hecho de que las investigaciones de las células madres embrionarias representan un desafío ético y social.

El debate también se mueve alrededor del lucro, puede significar el manejo del cuerpo humano en sus inicios: embriones, líquido amniótico, cordón umbilical etc. como se puede apreciar está en una cuestión de política legislativa.

Alquiler de vientres con fines de lucro. Gestante subrogada

Una gestante subrogada, también llamada madre de alquiler, madre sustituta, madre por encargo, madre suplente, madre portadora, o madre gestante, es una mujer que, de común acuerdo con una persona o pareja, acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado mediante fecundación in vitro por esa otra persona o pareja, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja.

Se trata de una gestación mediante un contrato también denominado alquiler de útero, entre otros.

El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos que involucra a varias personas en el proceso. En primer lugar,

⁶ Estos embriones según lo reglamenta el R.D. 413/1996 (1). (<http://www.acebir.com/archivos/legislación>)

se encuentra la pareja o la persona que desea tener un hijo pero que por algún motivo no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica.

Se estima que en los EE.UU. La compensación a una gestante subrogada es de veinte mil a treinta cinco mil dólares, frente a siete mil en la India. En tercer lugar está el contrato de subrogación mediante el cual el o los padres intencionales y la gestante estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir el acuerdo. Aunque los contratos varían siempre incluyen disposiciones relativas a los derechos y a las responsabilidades de todas las partes, antes y durante el embarazo y después del nacimiento de bebé. Por último, está la posible aportación de donantes de gametos. Esta opción es empleada cuando los padres intencionales se sirven de óvulos y o espermatozoides ajenos para realizar la fecundación.

La regulación legal con que contamos es de los EE.UU., India, Ucrania, Grecia, Federación Rusa, España, Reino Unido.

Existe en muchos países el concepto legal que la mujer que da a luz un niño es su madre legal y los contratos de gestación son nulos de pleno derecho por ej. España, Francia, Holanda, aunque algunos, por ej. Canadá, prohíben la forma comercial pero admiten la altruista, y otros permiten ambas. Como Bélgica, Georgia y Ucrania. En los EE. UU., ocurrió que la madre biológica de Melisa Stern nacida el 1986 rehusó ceder la custodia de Melisa a la pareja con la que había hecho un contrato y el Tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos, pero la idea ha ganado aceptación y en la actualidad en ocho estados de los EE.UU. hay leyes que permiten los contratos de gestación.

En la India, la Corte Suprema sentenció que la maternidad comercial estaba permitida pero en julio de 2013 prohibió la gestación subrogada a homosexuales solteros extranjeros y parejas de lo que está prohibida esa práctica. La situación sobre el punto es sumamente variable, en Argentina no hay regulación legal alguna, pero teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 17 del C. Civil 2015 de aceptársela debería ser no lucrativa⁷.

II. PROPIEDAD Y POSESIÓN COMUNITARIA DE LAS TIERRAS INDÍGENAS Y USURPACIÓN. RECONOCIMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El inc. 17 del 75 dispone que corresponde al Congreso “Reconocer, la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulan la entrega de otras aptas y suficiente para el desarrollo humano; ninguna de ellas serán enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Si bien es cierto que se discute la eficacia de la ley 19.253, en cuanto a lo que nosotros nos interesa, preserva francamente la propiedad de las tierras indígenas a punto tal que no pueden ser objeto de transacción alguna, ni de adquisición por usucapión o prescripción

⁷ Para una mayor información CADORET-ABELES, Ane (2009) –parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay, Revista de Antropología Social (Universidad Complutense de Madrid) (18).

adquisitiva. Algunas excepciones que están establecidas, sólo pueden ser hechas mediante la autorización de la corporación.

Las tierras de los aborígenes Argentinos constituyen su más valioso bien

Las tierras de los aborígenes argentinos son su más valioso bien, frecuentemente el único de importancia. Asentados en ellas desde tiempos inmemoriales, frecuentemente no tienen los títulos de propiedad que la cultura “blanca” requiere. A pesar del mandato constitucional del inciso 17 del art. 75, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de reconocer posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, por regla general los títulos no han sido otorgados.

Tierra y Territorio

Son dos conceptos diferentes. Los pueblos originarios, a diferencia de las sociedades capitalistas, no tienen un concepto exclusivamente utilitario de la tierra. Ésta o es sólo el lugar donde se produce, sino dónde vive, se forma una familia, se rinde culto a los antepasados, se agradecen los dones recibidos, se establecen lazos sociales, se practica la religión. La tierra no se considera una posesión, sino algo superior y más perdurable que el individuo, algo que debe cuidarse y respetarse. Esto plantea problemas legales debido a que este concepto de la tierra no le son aplicables las normas de la legislación de origen europeo (español, en el caso de Argentina) que rige la propiedad de terrenos o lotes o inmuebles. Algunos de estos rasgos diferenciales son como puede apreciarse de la ley citada los siguientes: inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas, exentas de tributos o impuestos de cualquier tipo.

El concepto más amplio de territorio ancestral involucra consideraciones históricas y culturales de definición de la propia identidad. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios fallos relacionados con reclamos de pueblos originarios de varios países del continente americano.

Puede verse en ese sentido el reclamo de la comunidad Yakye del Paraguay.

Las leyes de Indias reconocieron el derecho a sus tierras de los indígenas que se sometían a la autoridad del rey (relación de vasallaje). Las encomiendas no daban a los encomenderos derecho a las tierras, sino sólo a recibir tributos en especies de los aborígenes asentados en ellas.

En abril de 1716 la corona española emitió una cédula real reafirmando este derecho de posesión, frecuentemente burlado por los encomenderos. Ella establece dar posesión a los encomenderos y que en ningún tiempo os han de quitar persona alguna (...) para él, su indiada, herederos y sucesores como dueños legítimos de aquellas tierras para que las posean ellos y sus descendientes.

En 1853 El Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires reconoció explícitamente este derecho.

La falta de reconocimiento de este derecho de posesión a los indígenas de la Puna argentina fue la causa, en 1875, de la Hecatombe de Quera.

En la práctica el derecho constitucional de derecho a las tierras no se reconoce, lo que generó en 2006 la sanción de la ley 26160, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas asentadas en el actual territorio argentino en el momento de la constitución del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas

u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes. Sin embargo, seis provincias argentinas no adhirió a la ley: Salta, Formosa, Jujuy, Tucumán, Chaco y Neuquén.

En estas provincias, donde hay grandes terratenientes afectados, se generan frecuentemente conflictos sobre el tema.

El 7 de marzo de 2012 en una audiencia pública, la Corte Suprema de Justicia de la Nación escuchó los argumentos de la comunidad qom de La Primavera contra la usurpación de sus tierras por el Poder Ejecutivo de la provincia de Formosa. Es la primera vez que el máximo tribunal de la Nación atiende personalmente los reclamos de una comunidad indígena del país¹.

En el año 2001 Argentina suscribió el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en el 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La suscripción de estos convenios constituye un marco legal que hasta diciembre de 2012 no había sido hecho efectivo por el Estado en el desarrollo de políticas públicas ni en las sentencias de sus tribunales. El principio fundamental que se incorpora a través de estos convenios es la obligación de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades aborígenes ante cualquier actividad que pueda afectar su vida cotidiana, sus territorios y los recursos naturales que hay en ellos.

Fuentes

Grupo de Apoyo Jurídico para el Acceso a la Tierra (GAJAT) Y Centro de Incidencia y análisis Político (CIAP) DEL Centro Políticas Públicas para el Socialismo; sobre el derecho a consulta previa de los pueblos indígenas.

Programa Nacional Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas

En octubre de 2007, por Resolución 587/2007¹ del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), SE CREÓ EL Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas. En Octubre de 2013 ni el programa, ni el INAI tenía un sitio Internet propio y los únicos detalles que se conoce de su actividad son brindados por comunicación de prensa de la institución según los cuales en julio de 2012 se habían completado ya 350 relevamientos de comunidades indígenas que abarcan 3.500.000 ha.

Código Civil ley 26.994

18. Derecho de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional (ya transcripto).

En tal sentido, representantes de distintos grupos de pueblos aborígenes cuestionaron la falta de consulta del proyecto con sus comunidades y a deficiente caracterización del concepto.

El Consejo Plurinacional Indígena declaró que la modificación del Código Civil y Comercial violaba derecho indígenas y que: La propiedad comunitaria indígena no puede quedar encorsetada en un Código Civil y debe ser reglamentada en una ley especial, como lo prometió la entonces Presidente Dra. Cristina Fernández de Kirchner, en el marco de los festejos del Bicentenario.

Por su parte, el Parlamento de Pueblos Originarios expresó: “creemos que la reforma tendrá un impacto desconocido y perjudicial para nosotros y nuestras comunidades, como tradicionalmente hemos sido tratados (...) Luego de cinco siglos de yugo colonial y doscientos años de regirnos por las leyes del Estado Nacional Argentino, continuamos vi-

viendo en la pobreza y la injusticia, por lo que exigimos que se respete nuestra manera ancestral de organizarnos y legislarnos de manera autónoma, como ciudadanos argentinos con iguales derechos, tal es lo expresado por esta asamblea de Pueblos Wichi, Pilagá y Qom”.

Asimismo, un comunicado de prensa de Qullmarka dispone que en caso de omisión de consulta previa, la medida de carácter legislativo aprobada será nula y que los funcionarios responsables de tal omisión serán pasibles de sanciones administrativas y penales que les correspondan por la realización o autorización dolosa de un acto nulo.

Las principales críticas que se le hacen a la reforma del Código Civil son:

1) Falta de consulta y participación de las comunidades indígenas, en su idioma, para alcanzar su consentimiento previo, libre e informado, desconociendo el Convenio 169 OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

2) Se desconoce a los pueblos indígenas porque sólo se mencionan comunidades, instancia menor a pueblos en cuanto a organización política y sujeto de derecho.

3) No se legisla sobre territorio –concepto, mucho más amplio, ya que incluye recursos de los cuales se surten las comunidades indígenas- acotando el tema a la propiedad de la tierra.

4) Se reduce el derecho de Propiedad comunitaria al de propiedad individual en violación a lo establecido en el Art 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

5) Se considera a los pueblos indígenas como sujetos de derecho privado, equiparándolos a un consorcio de edificio o a una cooperativa en vez de darles categoría de derecho Público.

6) Se desconoce a los pueblos indígenas urbanos reconociéndose solamente a los rurales.

7) Hay presiones a dirigente indígenas y falsificaciones de firmas.

8) El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y los Institutos Provinciales del área no informan debidamente sobre el tema.

9) Se ignora la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las organizaciones indígenas creen, con buenos fundamentos, que las deficiencias detectadas no son casuales y están vinculadas a la oposición de los pueblos originarios al modelo extractivista de la gran minería y la explotación de hidrocarburos en sus territorios ancestrales.

Conflicto por tierras de las comunidades aborígenes.

Buenos Aires

Punta Querandí. La empresa constructora EIDIFICO invadió terrenos con enterratorios y restos arqueológicos considerados sagrados por comunidades aborígenes de la zona¹ basándose en un estudio hecho en sólo diez días por Daniel Loponte. Este Estudio y su aprobación por Centro de Registro del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico (CRAP) de la provincia de Buenos Aires, dirigido por Fernando Oliva, fueron seriamente cuestionados por la Antropóloga Morita Carrasco, codirectora del Grupo de Estudios de Aboriginalidad, Provincias y Nación (GEAPRONA0, de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA)¹.

Chaco

Alto Río Senguer, el 29 de diciembre de 2010 la comunidad tehuelche-mapuche Sacamata-Liempichú, del paraje Payaniyeo, en la localidad de Al Río Senguer, al sudoeste de la provincia de Chubut, ocupó 500 ha. Del territorio ancestral que reclama. Las tierras, origina-

riamente otorgadas por el gobierno nacional en 1925, fueron gradualmente reducidas y usurpadas.

Santa Rosa Leleque, en las cercanías de El Maitén la empresa Benetton pretende desalojar una comunidad mapuche ancestralmente localizada en lo que considera sus propiedades¹.

Vuelta del Río (Departamento Cushamen). El juez José Oscar Colabelli emitió una orden de desalojo contra una comunidad mapuche que ocupaba el territorio desde tiempos inmemoriales, sin acreditar la posesión invocada por el reclamante¹.

Córdoba

El Tribunal Superior de Córdoba, revirtiendo fallos de instancias inferiores- emitió una sentencia que sienta jurisprudencia respecto de los derechos de las familias campesinas. En un conflicto de El Chaco, en el noroeste de Córdoba, absolvió a ocho campesinos acusados de “usurpación” de un territorio que siempre utilizaron y, en un cambio de paradigma jurídico, priorizó la posesión ancestral de la tierra por sobre los derechos de un empresario que había comprado las tierras. Según el movimiento Campesino de Córdoba (que integra el Movimiento Nacional de Campesinos Indígenas –Vía Campesina), en el norte de la provincia hay al menos 100 conflictos por tierras aborígenes.

Formosa

Bañado La Estrella. En 1997 el gobierno de la provincia de Formosa derivó las aguas del bañado La Estrella a una serie de canales, dentro de la comunidad pilagá de El Descanso, ubicada en las cercanías del bañado La Estrella, en la región chaqueña. Las obras de construcción, que se hicieron sin el consentimiento previo de la comunidad, provocaron la inundación de sus tierras, la profanación de los cementerios, y la disminución de peces y otros recursos naturales. El abuso fue denunciado internacionalmente por Amnistía Internacional en un informe especial.

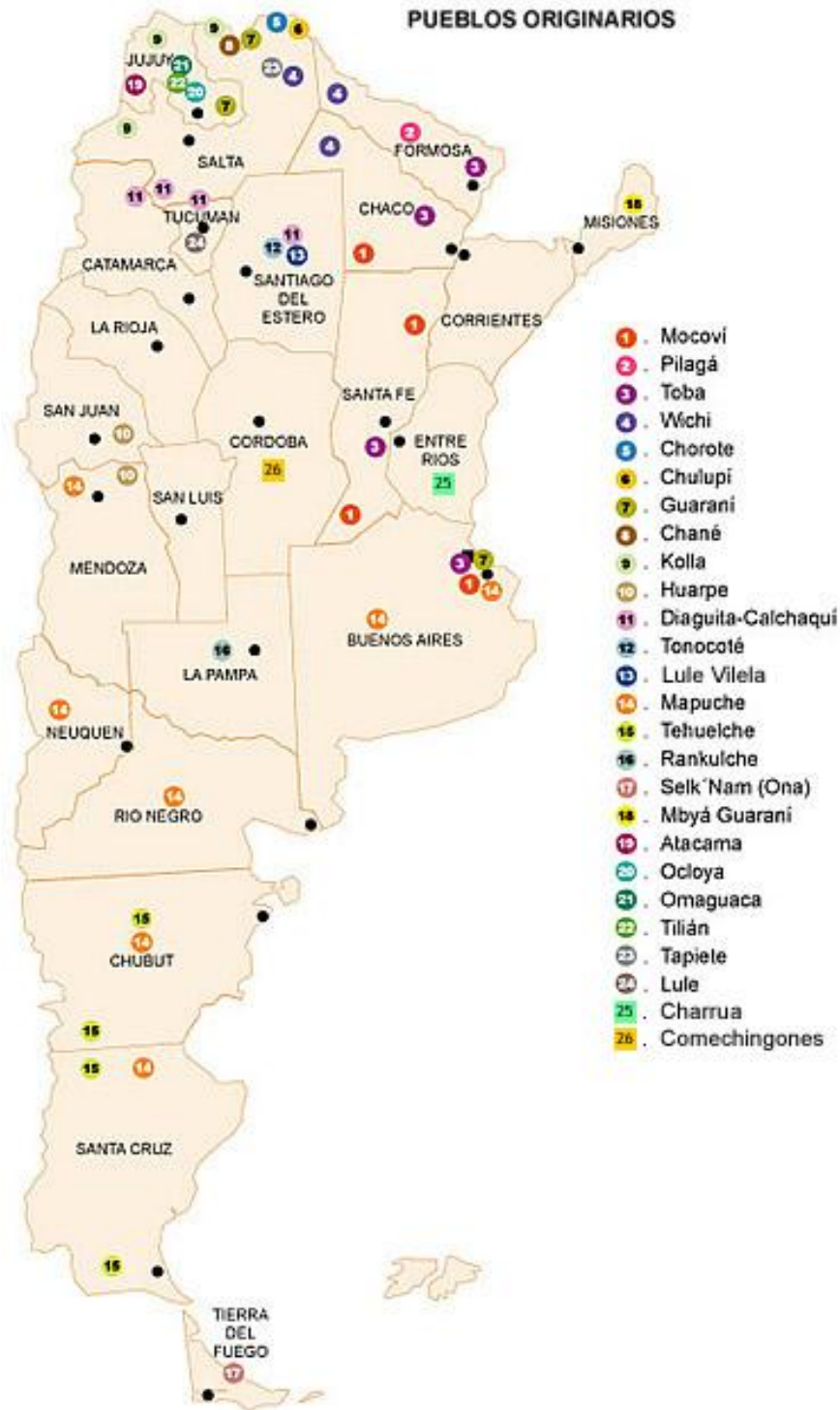
El Colorado, a 15 Km. De El Potrillo (Departamento Ramón Liusta), la policía provincial ejerció todo tipo de violencia –desde amenazas hasta disparos con balas de goma a miembros de la comunidad wichi. El Colorado, que protestaban por la extracción petrolífera en sus tierras sin su consentimiento.

Conclusiones.

Propiedad y Posesión comunitaria de las tierras indígenas y usurpación

- 1) Está regulada en el Art. 18 C.C. 2015
- 2) Tiene fundamento Constitucional en el Art. Art. 75 inc. 17.
- 3) Hay comunidades reconocidas en un número de 38 naciones originarias.
- 4) Distinguen tierra y territorio. El territorio es la tierra y su hábitat.
- 5) No hay regulación expresa actual posterior a la Constitución, la última es la ley 19.253.
- 6) Subsiste el desarraigo.
- 7) Subsiste el conflicto.
- 8) Los nativos exigen, de tierras nativas, el reconocimiento en zonas urbanas.
- 9) Ha habido devoluciones por parte de Benetton en el sur y por parte del ingenio Patrón Costa en el Norte.
- 10) Tienen derecho a educación bilingüe.
- 11) No se han evaluado estrategias de adaptación a la contemporaneidad.

PUEBLOS ORIGINARIOS





III. REGULACIÓN DE BIENES COSAS Y AGUAS (Usurpación versus Prescripción Adquisitiva según el Código Civil 2015)

La cuestión que trataremos versa sobre la posibilidad que de un delito penal o de una insuficiencia trascendente en la adquisición del dominio surja la posibilidad de adquirirlo legalmente por el transcurso del tiempo, bajo determinadas condiciones.

Con variantes en el régimen actual del Código Civil 2015, el dominio es uno de los derechos reales según lo dispone el art. 1882.

Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.

Asimismo la trasmisión de un derecho real que no se tiene, puede quedar convalidada.

Art. 1884 Convalidación. Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada.

1887. **Enumeración.** Son derechos reales en este Código

- a) el dominio;
- b) el condominio;
- c) la propiedad horizontal;
- d) los conjuntos inmobiliarios;
- e) el tiempo compartido;
- f) el cementerio privado;
- g) la superficie;
- h) el usufructo;
- i) el uso;
- j) la habitación;
- k) la servidumbre;
- l) la hipoteca;
- m) la anticresis;
- n) la prenda

El derecho real de dominio puede recaer sobre cosa propia o ajena

1888. **Derecho reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real.** Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.

Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.

1889. **Derechos Reales Principales y accesorios.** Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. **Son accesorios** la hipoteca, la anticresis y la prenda.

El delito de usurpación de inmuebles está previsto en el Código Penal en los Arts. 181 y 182.

Art. 181. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años

1. El que por violencia, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2. El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3. El que con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

Art. 182. Será reprimido con prisión de quince días a un año;

1. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2. El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

4. La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieran o alteraren diques, esclusas, compuertas, canales o acueductos.

Por su parte el Anteproyecto de Código Penal 2014 dispone en el mismo título que el Código penal vigente: Delitos contra la propiedad lo siguiente:

ARTÍCULO. 159. Despojo, Alteración y turbación

1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que por violencia, amenaza, engaño abuso de confianza o clandestinidad, despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produjere invadiendo el inmueble, manteniéndose en él contra la voluntad de quien tuviera derecho sobre aquél, o expulsando a los ocupantes.

2. La misma pena se impondrá al que: A) Para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare sus términos o límites.

3. B) Con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble

ARTÍCULO 160. Usurpación de aguas

1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a UN (1) año o multa de DIEZ (10) a cien (100) DÍAS, el que ilícitamente sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos, o las sacare en mayor cantidad a la que tuviere derecho, como también el que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

2. La misma pena se impondrá al que ilícitamente represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, fuentes, arroyos, canales cursos o fuentes subterráneas, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

3. El máximo de la pena será de TRES (3) años de prisión si para cometer los delitos de los incisos anteriores, se rompieren, alteraren, o dañaren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes.

La exposición de motivos⁸ (Infojus Sistema Argentino de Informática Jurídica p. 219) considera que el inciso 1° corresponde al vigente inciso 1° del artículo 181°. El inciso 2° corresponde al vigente inciso 2° del artículo 181°. El apartado b) corresponde al vigente inciso 3° del artículo 181° y nuevamente el inciso 1° sintetiza los vigentes incisos 1° y 2° del artículo 182°, suprimiendo la exigencia del elemento subjetivo con el propósito de causar perjuicio, pues reduce el ámbito de prohibición en forma inexplicable. El inciso

⁸ Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica, p. 219

2° corresponde al vigente 3° del Artículo 182, con la misma supresión del elemento subjetivo del tipo.

Usurpación de inmueble

El delito de usurpación de inmueble es un delito doloso que presenta diversas formas de ejecución. En ese sentido no vamos a tocar la noción de bien inmueble porque no es problema en esta cuestión sino que nos vamos a referir solamente a las formas de usurpar de los incisos 1 y 2 pues la turbación de la posesión o tenencia de una cosa inmueble no es inherente al aspecto relativo a la prescripción en cuanto al momento de la ejecución.

En el momento de la ejecución solamente existe dolo de usurpar la posesión o la tenencia y aunque luego ese dolo tienda a otro de los modos de usurpación no se vincula en ese momento con la intención de lograr luego la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles que precisamente es la que a nosotros nos interesa.

Cierto es que, posteriormente, puede llegar a conformar su intención de usucapir el bien para tener un dominio perfecto.

Así las cosas estoy de acuerdo en general con la doctrina predominante sobre los distintos modos de ejecutar la usurpación según lo disponen los dos primeros incisos, mas no lo estamos respecto que se trate de un delito instantáneo.

A mi ver la conducta perdura fácticamente en el tiempo y ello hace de este delito uno de carácter permanente, no instantáneo de efecto permanente.

Si ello es así no cabe dudar, la consumación se produce al tiempo del cese y consecuentemente desde allí se puede empezar a contar la prescripción de la acción que sería de tres años.

Este delito a mi ver tiene las mismas características de los delitos contra la libertad personal pues la conducta permanece causal o fácticamente en el tiempo, con las mismas características del primer momento en que usurpa.

Las modalidades son eso nada más, modos de usurpar y por eso el legislador se adelanta y distingue entre unas y otras formas de usurpar, cuestión que podríamos darle valor en la individualización de la pena.

Las modalidades que dan lugar situaciones de concurso de ideal de delitos y en algunos casos al concurso de normas si se entiende que se trata de un caso de pluralidad de tipos.

Sin embargo esas modalidades son situaciones accesorias al verbo principal. Me inclino por la calidad de un delito con pluralidad hipótesis de tal manera que cuando se dan, a la vez dos o más de ellas, siempre que sean compatibles fácticamente estamos en presencia de un solo hecho.

Lo importante es el aspecto objetivo en el sentido que quien cumple el verbo típico es un usurpador y el aspecto subjetivo coincide con el aspecto objetivo. El dolo es el de usurpador.

¿Cómo usurpa? son modalidades de la ejecución que no renuevan el dolo si cambia la modalidad como en el caso de un delito continuado. Sigue el mismo dolo pero la conducta queda permanente en el tiempo y en el espacio (lugar), en relación a la persona y a la cosa, es decir se dan todas las condiciones de ocasión mediante las circunstancias de tiempo, cosa, lugar y persona. Puede mantener o no la modalidad. Ello no le quita permanencia⁹.

La lesividad de la conducta se produce durante un período siempre largo aún en el caso de la prescripción adquisitiva de buena fe que son diez años.

⁹ En contra TOLEDO, Alejandro C. "Cátedra Hendler" Departamento de Derecho Penal y Criminología <http://www.catedrahendler.org/doctrina-in.php?id=153>

De otro costado la ley establece que se considera adquirente en el caso de prescripción adquisitiva de mala fe a partir de tener la calidad de usucapidor y no retroactivamente.

En tal sentido el art. 1903 establece: Comienzo de la posesión. Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del justo título, o de su registración si ésta es constitutiva.

La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

Hay diferencia en los tiempos de la prescripción en relación al término a quo para contar la iniciación de la prescripción en el derecho penal y en el derecho civil.

En el caso que la usurpación fuera un delito de carácter instantáneo la prescripción penal empezará corre a partir de la medianoche del día en se inició la usurpación por cualquiera de los medios que la ley señalan en los incisos 1 y 2 del art. 181 teniendo en cuenta que dentro de ese *iter criminis* puede llegar a variar según sea por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad, destrucción o alteración de los términos o límites del mismo y culminará cuando acabada de cumplir la modalidad de la conducta en si misma o sea de violentar, amenazar, etc., que el usurpador quede instalado por sí o por interpósita persona en el inmueble y culminará los a tres años.

En cambio, la prescripción adquisitiva culminará a los diez o veinte años, según que se trate de prescripción breve (de buena fe y con justo título o larga si se trata de la prescripción larga sin justo título ni buena fe) sin carácter retroactivo al tiempo de la iniciación, en el caso de prescripción de mala fe y sin título.

Conforme los principios que acuden en auxilio para resolver el problema: al declararse la usucapión, se legitima la situación del usurpador que habría consumado su hecho al tiempo de ser considerado tal y desaparecería el injusto pues pasa a ser un usucapidor, no usurpador.

Si hubiera oposición o por algún motivo se produce la discontinuidad de la acción de usurpar, por ejemplo a los cinco años, se consumaría allí el delito porque cesa la usurpación.

En consecuencia, la cancelación del conflicto penal no se producirá por prescripción a los tres años de haber entrado en la posesión o la tenencia sino cuando cesa su conducta y a partir de allí podrá lograrse la cancelación del conflicto mediante acusación, defensa, prueba y sentencia.

La consumación del delito no debe ir acoplada a la modalidad, sino a la conducta núcleo, al verbo del comportamiento, pues sistemáticamente es así. El robo es un delito instantáneo cuya consumación no depende de la modalidad: violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas sino de haber concluido con el apoderamiento y la modalidad cuenta en el desarrollo del mismo.

La adquisición de la calidad de adquirente por prescripción transforma la conducta penal en atípica.

No concurre en el caso una búsqueda de paridad, pues si en algún momento nos pareció significativo con la prescripción adquisitiva civil hoy, no es indiferente, pues el Derecho Penal crea sus propias sus ilicitudes y lo hace también dentro de sus propios tiempos. Eso hace al carácter sancionatorio del Derecho Penal.

Lo esencial aquí es que este delito científicamente no se consuma de manera instantánea porque la instantaneidad es de lo accesorio: las modalidades. No de lo principal: usurpar.

Usurpación de Aguas (Ley 11.179)

Art. 182. Será reprimido con prisión de quince días a un año;

1. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos , arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2. El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

4. La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieran o alteraren diques, esclusas, compuertas, canales o acueductos.

ARTÍCULO 160. Usurpación de aguas (Anteproyecto de Código Penal 2014)

4. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a UN (1) año o multa de DIEZ (10) a cien (100) DÍAS, el que ilícitamente sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos. arroyos, fuentes, canales o acueductos, o las sacare en mayor cantidad a la que tuviere derecho, como también el que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

5. La misma pena se impondrá al que ilícitamente represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, fuentes, arroyos, canales cursos o fuentes subterráneas, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

6. El máximo de la pena será de TRES (3) años de prisión si para cometer los delitos de los incisos anteriores, se rompieren, alteraren, o dañaren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes.

En cuanto al delito de usurpación de aguas no me referiré a los modos manteniendo la calidad de permanente del delito.

El problema que nos interesa tratar en este caso es si puede haber prescripción adquisitiva de aguas en cuanto se presenta en forma en líquida como fluido en diversas condiciones a las que se tiene acceso sobre ellas y se logra el uso y goce.

Conforme lo dispone el at. 2565 Código Civil 2015 los derechos reales principales se pueden adquirir por prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes.

Por su parte el art. 1897 establece: Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante un tiempo fijado por la ley.

En realidad, teniendo en cuenta que, expresamente, la nueva ley civil se ha ocupado de la prescripción adquisitiva de inmuebles y muebles, si no se haya ocupado de la prescripción adquisitiva de las aguas es porque no se podría legitimar casos de usurpación de aguas con la usucapión.

No hay entonces modificación en el Código Civil 2015 sobre Prescripción Adquisitiva de aguas pero al revés hay una gran modificación respecto del delito de usurpación de aguas subterráneas.

Sobre el punto fuera de la aplicación de la ley Nacional de Aguas nro. 22.190 B.O. 18/112006, el Cuerpo Constitucional Arts. 41, 42, 43 de protección del medio ambiente que tiene aplicación operativa y los Tratados internacionales sobre el punto establecen la solidaridad del uso y goce de los elementos del ambiente obviamente entre ellos el agua.

Consecuentemente al haber regulado en el artículo relativo a la usurpación en el Anteproyecto de Código Penal las aguas subterráneas no solamente las aguas que circulan

sobre la superficie terrestre, va de suyo que se ha ocupado más todavía de la preservación de este líquido vital para la vida del hombre¹⁰.

El agua subterránea es uno de los recursos hídricos más utilizados e impactados por el hombre. La Argentina presenta una amplia distribución de acuíferos de características diversas a lo largo y ancho de toda su geografía lo que permite la provisión de agua potable para consumo humano, sobre todo en gran parte de las localidades del interior del país; sin embargo, el mayor consumo sigue siendo el de riego para la producción agrícola.

La gestión sustentable de las aguas subterráneas es fundamental para evitar la disminución de los volúmenes almacenados de agua subterránea o la reducción de superficies de humedales, mantener la vida útil de las perforaciones, velar por su calidad y la temperatura de las explotaciones termales, o evitar las modificaciones en la superficie del terreno, entre otros efectos indeseables de un uso no sustentable.

Hasta el presente, en la Argentina existía una notoria dispersión y carencia de conocimientos sobre el agua subterránea. En 2007, en el marco de la elaboración del Plan Nacional Federal de Recursos Hídricos (PNFRH), las autoridades hídricas jurisdiccionales integrantes del Consejo Hídrico Federal (COHIFE) expresaron la dificultad para la toma de decisiones en la materia por la escasa cultura del manejo sustentable de los acuíferos. En consecuencia, surgió la necesidad de elaborar un Plan específico de Aguas Subterráneas que permita:

- Poner de valores de oferta y demanda hídricas fehacientes en tiempo y espacio.
- Mejorar la articulación entre los organismos haciendo más factible la Gestión integrada de Recursos Superficiales y Subterráneos.
- Velar por la protección ambiental de las explotaciones, procurando el menor impacto sobre el medio y la correcta disposición de efluentes.

- Sentar las bases de prevención de eventuales futuros conflictos de uso. El Plan Nacional de Aguas Subterráneas, llevado a cabo por la Subsecretaría de Recursos Hídricos (SsRH) con la colaboración activa de todas las provincias del COHIFE, se encuentra en la primera fase de ejecución, avanzándose en la:

- Conformación de la Base de Datos Hidrogeológica.
- Continuación de estudios en el Sistema Acuífero Guaraní en la Argentina, y participación diversa en acciones sobre acuíferos transfronterizos y cuencas interjurisdiccionales.
- Confeción y apoyo a la ejecución de los Mapas Temáticos de Agua Subterráneas, provinciales, nacionales y regionales.
- Intervención y colaboración con temáticas nacionales e interjurisdiccionales de afectaciones donde intervenga el Agua Subterránea.

¹⁰ El agua subterránea representa una fracción importante de la masa de agua presente en los continentes, y se aloja en los acuíferos bajo la superficie de la Tierra. El volumen del agua subterránea es mucho más importante que la masa de agua retenida en lagos o circulante, y aunque menor al de los mayores glaciares, las masas más extensas pueden alcanzar millones de kilómetros cuadrados (como el Acuífero Guaraní). El agua del subsuelo es un recurso importante y de este se abastece a una tercera parte de la población mundial,¹ pero de difícil gestión, por su sensibilidad a la contaminación y a la sobreexplotación. El agua subterránea es parte de la precipitación que se filtra a través del suelo hasta llegar al material rocoso que está saturado de agua. El agua subterránea se mueve lentamente hacia los niveles bajos, generalmente en ángulos inclinados (debido a la gravedad) y eventualmente llegan a los arroyos, los lagos y los océanos. Es una creencia común que el agua subterránea llena cavidades y circula por galerías. Sin embargo, no siempre es así, pues puede encontrarse ocupando los intersticios (poros y grietas) del suelo, del sustrato rocoso o del sedimento sin consolidar, los cuales la contienen como una esponja. La única excepción significativa la ofrecen las rocas solubles, como las calizas y los yesos, susceptibles de sufrir el proceso llamado karstificación, en el que el agua excava simas, cavernas y otras vías de circulación, modelo que más se ajusta a la creencia popular.

-Promoción de aspectos de explotación y usos eficientes del agua subterránea, educación y difusión.

-Optimización de las temáticas institucionales y normativas de la Gestión específica de los Acuíferos.

Política Hídrica

Plan Nacional federal de Aguas Subterráneas

En tal sentido ya se han planteado acciones sobre la base del art. 43 de la Constitución Nacional en la localidad de Mendiolaza donde un grupo económico inmobiliario consideraba que la napa de agua que pasaba por el fundo les pertenecía abusando de su derecho al establecer en el proyecto una cancha de golf privando la posibilidad del uso y goce por parte de otros fundos.

Por ahora no tenemos una resolución favorable, pero ya establecida la acción del art. 43 de la Constitución Nacional se entiende que serán muchos otros casos los que se darán en el país.

Somos de opinión, sobre el punto, que el dueño del fundo donde pasa una napa debe solidarse con el resto de la comunidad compartiendo el fluido que no se necesita de acuerdo a la cantidad de habitantes y haciendo un pronóstico de proyección de crecimiento demográfico, edificar una contención de agua para abastecerse razonablemente.

La Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente realizada en Dublín, Irlanda, del 26 al 31 de Enero de 1992 ya señala aspectos relativos a los puntos tratados. La escasez y el uso abusivo del agua plantea actualmente, nuevos problemas que afectan no sólo al hombre, sino también a los ecosistemas. La necesidad de una acción concertada para invertir las actuales tendencias de consumo excesivo, la contaminación, las amenazas crecientes de las sequías y las crecidas hicieron necesaria esta declaración de los representantes de quinientos países de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente celebrada en Dublín, Irlanda, del 26 al 31 de Enero de 1992.

Los principios de esta declaración son de enorme interés para España, pues nuestro país es uno de los principales afectados por sequías y riadas periódicas, y uno de los países a los que más rápidamente puede afectar el uso irracional del agua en los ecosistemas¹¹.

Prescripción Adquisitiva de muebles.

Muebles Registrables

Muebles no registrables

La prescripción adquisitiva de muebles en el caso de prescripción de mala fe y sin título, obviamente no proviene de usurpación, sino de robo, estafa, hurto, peculado.

Borda decididamente niega que pueda haber prescripción adquisitiva de muebles de buena fe, considera que siempre detrás hay un robo.

Sin embargo, puede haber una prescripción de un bien mueble registrable que no provenga de un robo por no haber cumplido con todos los trámites para perfeccionar el dominio, por ejemplo no haber inscripto el bien: en el caso de un arma o un automotor y en el futuro los teléfonos celulares.

Sin embargo, aquí se plantea una cuestión respecto del error de derecho en el ámbito penal y en el ámbito civil pues funcionan de diferente manera.

En el ámbito civil el error de derecho siempre perjudica y se considera que todo ciudadano debe conocer los trámites que debe hacer para adquirir perfectamente el domi-

¹¹ También sobre el punto referido a aguas Subterráneas DIEGO DE ROSA "Régimen legal de aguas subterráneas. Una aproximación a la problemática del Acuífero Guarani" ANALES N° 41 Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. 2011. Asimismo Ley 25.688 sancionada el 28 de noviembre de 2002 y promulgada el 30 de diciembre de 2002 Régimen de gestión ambiental de Aguas (InfoLEG, base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas).

nio, cuando no lo hace pasa a ser un adquirente de mala fe que ingresa en la prescripción larga de veinte años (Art. 265).

En el ámbito penal el error o ignorancia de derecho extrapenal daría lugar a un error de tipo y consecuentemente permitiría ser excusado (C.P. ley 11179, Art. 34 inc. 1 cuarto supuesto).

La adquisición, para el derecho penal sería de buena fe.

En tal caso no existe colisión de intereses sino independencia en el funcionamiento de las distintas ramas del derecho y la calidad de sancionatorio del Derecho Penal que le proporciona autonomía implica, legítimamente, que la ley penal lo excusa y la ley civil no.

Por su parte el Código Civil 2015 vigente desde el primero de agosto de este año dispone en el Libro cuarto Derechos Reales, Título 1 Disposiciones generales Capítulo 1: Principios comunes:

Código Civil 2015: 1890. Derechos Reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no accedan a un registro a los fines de su inscripción.

1891. Ejercicio por la posesión o por los actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto la servidumbre y la hipoteca.

Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión

Capítulo 2: Adquisición, transmisión y oponibilidad.

1892. Títulos y modos suficientes. La adquisición derivada de actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes

Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen en la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella, al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor las transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del libro Quinto.

1893. Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.

Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.

Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.

No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

1894. Adquisición legal. Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos, y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión supérstite, y los derechos de los adquirentes y sub-adquirentes de buena fe.

1895. Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por sub-adquirente. La posesión de buena fe del sub-adquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o pérdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita.

Respecto de las cosas muebles registrables no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca.

Tampoco existe buena fe aunque haya inscripción a favor de quien la invoca, si el respectivo régimen especial prevé la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y éstos no son coincidentes.

1896. Prohibición de constitución judicial. El Juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario.

1897. Prescripción Adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

1898. Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble, hurtada o perdida el plazo de dos años.

Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título (Esto es dos años a partir de la registración del justo título).

1899. Prescripción Adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años.

No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada, ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

Conclusiones sobre regulación de bienes, cosas y aguas.

1) Quien entra en el uso y goce de un bien inmueble o mueble mediando delito, siempre ingresa de mala fe pero puede adquirirla por el transcurso del tiempo en cuyo caso estamos en presencia de una prescripción adquisitiva de mala fe.

2) El delito de usurpación de inmuebles y de aguas es de carácter permanente.

3) También se puede ingresar en el uso y goce de una cosa mueble, mueble registrable o inmueble de buena fe pero no siendo los elementos para adquirir el dominio suficientes se adquiere a los mismos por el transcurso del tiempo (nuevamente prescripción adquisitiva).

4) Se podría decir en general, que quien comete un delito y logra su tenencia o posesión, en el caso de inmuebles o bienes muebles registrables o no, entra en su uso y goce y en general pretende legitimar el dominio. En concreto, para usucapir.

5) Desde ya es necesario aclarar que es muy natural que se piense que estamos hablando, equivocadamente, de usucapir muebles, pero no es así pues se regula por el

C.C. la usucapión o mejor prescripción adquisitiva de muebles y de muebles registrables como por ejemplo, los automotores.

6) Además aunque bien se diga que es difícil lograr un dominio por prescripción adquisitiva de mueble (registrable) como es el caso de un automotor, por ejemplo, cuando tratándose de un caso de mala fe por lograr el uso y goce por robo o hurto o estafa, deban pasar veinte o diez años, que es lo que se requiere para adquirir el dominio por prescripción adquisitiva o en un caso de falta de cumplimiento de requisitos suficientes, respectivamente, esa es una cuestión ontológica que no debe impedir su tratamiento desde el punto de vista jurídico.

7) Esta cuestión es la que obliga a analizar los aspectos relativos del Código Civil 26.994 y puesta en vigencia el primero de agosto de 2015 y su plexo normativo.

8) Existe el delito de usurpación de aguas pero NO la prescripción adquisitiva de aguas C.C. 2015 Art. 239.

IV.USURPACIÓN EN UNIONES CONVIVENCIALES PARA EL SUPÉRSTITE

Código Civil ley 26.994 (fecha de promulgación: 1° de agosto de 2015) Art. 527: Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmuebles de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontrara en condominio con otras personas.

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

A partir del artículo se destaca que¹²: el conviviente no debe vivienda propia habitable o bienes suficientes que aseguren el acceso a la vivienda; funciona de pleno derecho como en el caso del cónyuge, pensamos que se exige a petición de parte, por ende quien pretenda su no aplicación deberá alegar y probar alguna de las causales de caducidad que el artículo incluye en su última parte, no es oneroso; el plazo máximo de caducidad de dos años; debe haber sido ocupado por los conviviente habiendo sido el último lugar donde lo han hecho, los conviviente no deben haber estado en condominio con terceras personas.

Para el conviviente supérstite existen causales de caducidad tales como constituir una unión convivencial; contraer matrimonio; adquirir una vivienda propia habitable; 4) contar con bienes suficientes para acceder a ésta.

Dado que este beneficio no es oponible a del mismo modo que para el cónyuge supérstite a los acreedores hereditarios, va de suyo que el reconocimiento por parte del conviviente que falleció respecto al uso y goce vitalicio es nulo.

La reforma luce correcta. No solamente mejora el real derecho de habitación del cónyuge supérstite sino que da una solución contemporánea a un problema que afecta a la familia. .

En ese sentido¹³, en el ámbito del derecho de Familia, se pone de resalto que el principio de pluralidad no acerca al reconocimiento de una pluralidad de formas de familia que exige en nosotros referir al Derecho de las familias.

¹² IGLESIAS, Mariana Beatriz, SALUZZI, Carina R.C. D314/2015

¹³ KRASNOW, Adriana “Uniones Convivenciales” en Julio César Riivera (Director) Graciela Medina (Coordinadora). COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN 2012 pag. 301).

Los principios de pluralidad, autonomía, solidaridad, responsabilidad no conectan con el Derecho de Familia focalizada con protección de las personas como sujeto autónomo y libre y el de solidaridad y responsabilidad permite e juego armónico¹⁴.

Cuestión aparte es si hay separación antes de la muerte de uno de los convivientes en cuyo caso dado que la doctrina está dividida hay que aplicar los principios que establece el código de equidad, humanidad, etc.

Desde el punto de vista penal podemos concluir:

- 1) Que el conviviente supérstite que se queda a vivir en el hogar de convivencia, teniendo bienes suficientes a sabiendas que existen herederos forzosos es un usurpador,
- 2) Que el pacto firmado por un conviviente en favor de otro sobre uso y goce a perpetuidad es de valor ninguno y si el supérstite pretende hacerlo valer igualmente es un usurpador
- 3) Habiendo separación de hecho previa la muerte de uno de los convivientes, no existe posibilidad alguna de respetar los dos años que establece la ley.

V. USURPACIÓN EN CEMENTERIOS PRIVADOS

2103. Se denominan cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectada a la inhumación de restos humanos.

2104. Afectación El Titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el Registro de la propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la Municipalidad local del cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía.

2105. Reglamento de administración y uso. El reglamento de administración debe contener:

- a) la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes;
- b) disposiciones de orden para facilitar a los titulares de los derechos de sepultura el ejercicio de sus facultades y que aseguren el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de policía aplicables;
- c) fijación y forma de pago de canon por administración y mantenimiento, que puede pactarse por períodos anuales o mediante un único pago a perpetuidad;
- d) normativa sobre inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados, pautas sobre la construcción de sepulcros; disposiciones sobre el destino de los restos mortales en sepulturas abandonadas;
- g) normas sobre acceso y circulación de titulares y visitantes;
- h) constitución y funcionamiento de órganos de administración.

2106. Registro de inhumaciones y sepulturas. El administrador de un cementerio privado está obligado a llevar:

- a) un registro de inhumaciones con los datos identificatorios de la persona inhumada;
- b) un registro de titulares de los derechos de sepultura, en el que deben consignarse cambios de titularidad producidos.

¹⁴ KRASNOW, ob. y lug. cit.

2112. Derecho Real de Sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas de los derechos reales.

Doctrinalmente se considera que son nuevas formas de propiedad¹⁵.

Existen problemas antes de ser creado el derecho real.

Las parcelas destinadas a sepultura carecen de individualidad catastral porque el inmueble en cementerio Privado tiene esa individualidad (el destacado me pertenece) .

Esta es una interesante consideración pues quien compra una parcela en general, cree que está registrado catastralmente su derecho de propiedad y por otro lado parecería ser una contradicción con el art. 2112 en el sentido que se rige por las reglas de los derechos reales.

Si ello es así, cada parcela estrictamente debería estar registrada individualmente. No se hace porque la subdivisión es muy onerosa.

Otra cuestión es el uso de los espacios comunes como vías de tránsito, acceso, estacionamiento, baños, recepciones, etc. y los servicios de uso común como vigilancia, mantenimiento de espacios verdes pues todo esto queda fuera del concepto de dominio.

Así las cosas las acciones civiles que deban implementarse no son acciones propias de la defensa de dominio sino de otro tipo.

Desde el punto de vista penal ya se advierte que no sólo el delito de usurpación de un espacio destinado a sepultura puede ser cometido.

Pueden ya considerarse delitos posibles de comisión y de omisión. En el caso de los delitos de comisión puede haber daños intencionales, privación ilegítima de la libertad, estafas, hurto.

En tal sentido el hecho de rayar una mármol de una sepultura (daño) impedir el acceso por una vía posible en el caso de haber más de una inhumación o exhumación (privación ilegítima de la libertad) o generar mediante ardid o engaño desprendimientos patrimoniales por labores de arreglo o vigilancia que no se cumplen (estafa) o sustraer ilegalmente de otra sepultura flores, floreros, marcos de fotografías incrustadas en las sepulturas. Fuera de ello al igual que en los cementerios públicos todos los delitos cometidos por personas del derecho privado o funcionarios públicos al impedir o imponer inoportunamente exhumaciones o inhumaciones.

Tampoco hay condominio, ni entre propietario original del cementerio y usuarios, ni entre usuarios mismos, ya que este tiende a la partición y es muy importante remarcar que el derecho real de condominio sólo da derecho a una parte indivisa, no así a una porción determinada y específica, como se pretende en esta figura. El condominio del cementerio sería sobre todo el inmueble, o sea, sobre todo el cementerio y habría derecho exclusivo sobre una parcela sino sobre todas las parcelas en forma indivisa.

La jurisprudencia, repasa el autor citado, considera en general desde 1993, que se trata de un condominio de indivisión forzosa y admitió la división sólo para el caso excepcional de que esté desocupado el sepulcro.

Se trata, en definitiva, de un derecho real de cementerio privado, es un derecho real al que se anexa un contrato no típico.

En este aspecto concretamente, a pesar del error que tiene la ley, no veo que haya que pensar en un delito de carácter penal. Se entraría en un conflicto civil si de acuerdo a dicha jurisprudencia el titular de un derecho sobre una parcela desocupada que pretenda transmitirla a título gratuito u oneroso, entre vivos (venta) o *mortis causae* y no se le quisiera dar validez a ese contrato, en cuyo caso, podrá reclamar esta calidad de condominio de

¹⁵ NORIEGA, Nina. En: <http://es.slideshare.net/ninanor2003/cementerios-privados-el-nuevo-derecho-real-según-el-código-civil-y-comercial>.

indivisión forzosa y cumplir los actos jurídicos que la ley le acuerda. También podría haber locación y cesión de derechos en general.

Pueda a su vez establecer condominio de indivisión de parcela, en el caso que los adquirentes sean varios y cuyo número para la ocupación del sepulcro se ajuste a los reglamentos en vigor.

En cuanto a la Propiedad horizontal no se daría la estructura jurídica ya que no es lugar de un edificio con unidades funcionales, habría parques a cielo abierto, asimismo el régimen de pago de expensas comunes o en la administración, aunque el pago del mantenimiento del sepulcro por parte del Administrador es una expensa.

Se requeriría asimismo la realización de las Asambleas que en la práctica no se cumplirían.

Atrae esta figura por ser carácter absoluto, perpetuo y exclusivo en cuanto a la unidad pero establecen la necesidad de hacer ciertas reformas como el tema de la Asambleas o suprimir la prohibición de embargo y ejecución de los sepulcros.

En verdad no resultaría práctico admitir un sistema de propiedad horizontal. El sepulcro tiene una connotación emocional, de memoria, de homenaje que impediría efectuar todos los actos propios de una propiedad horizontal.

En cuanto al aspecto penal esta calidad generaría los mismos delitos que genera la propiedad horizontal, respecto de los cuales resulta ocioso repasar en este momento dado que son plurales los delitos que podrían cometerse si se tratara como propiedad horizontal.

Tampoco puede aplicarse esa nueva figura como servidumbre al parecer porque como se advierte, no se puede transmitir el dominio sobre el sepulcro, cosa que plantea la servidumbre. Además no se podría enterrar a alguien porque la servidumbre sólo se la considera válida para permitir el acceso por la cualidades de la servidumbre, no podría consistir en un hacer por parte del fundo sirviente y en el caso del sepulcro el fundo sirviente (propietario del cementerio) debería cumplir con una serie de servicios.

A pesar de no ser una propiedad horizontal, el reglamento de propiedad es imprescindible tal como lo señala el art. 2105.

En este punto se advierte la gran función que tiene el Administrador como se puede apreciar de sus obligaciones.

En tal sentido, si omitiera culposa o dolosamente y el hecho está tipificado en tal sentido, el Administrador respondería según el caso pues su omisión generaría un riesgo no permitido para los propietarios de las sepulturas.

El administrador tiene una función de control del mantenimiento sano de los sepulcros. Está en posición de garante en virtud del reglamento, por ello se puede adjudicar por vía de la imputación objetiva, como se ha dicho, el riesgo creado no permitido por falta de control.

Va de suyo que el dueño del sepulcro sólo tiene obligación de hacer saber al Administrador si encuentra algo en el mismo que no condice con el reglamento.

Conclusiones

1) Incorporar la figura del cementerio privado como derecho real es un adelanto que debe ser celebrado pues antes los usuarios veían menoscabados sus derechos por no tener una normativa concreta.

2) Desde el punto de vista penal como se ha indicado no solamente puede cometerse el delito de usurpación, sino otros varios como han sido indicados en el acápite pertinente.

3) El Administrador está en posición de garante del cumplimiento del reglamento y puede cometer delito doloso o culposo si coloca en riesgo el derecho real de dominio sobre una parcela o sepultura.

VI. FRAUDES POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Ejercicio de los Derechos.

9. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

10. Abuso del Derecho. El ejercicio de un derecho regular de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto. (Debió decir algún acto)¹⁶.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal al que contraría los fines del ordenamiento o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El Juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

11. Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

12. Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude de la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

13. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.

14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

El abuso de posición dominante o abuso por posición dominante se refiere a una infracción prevista por Derecho de la competencia, cuyo resultado podría ser sancionar a una empresa en situación de dominación¹⁷.

En Europa el comportamiento de una empresa puede ser sancionado por abuso de posición dominante, a base al artículo 102 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, si en mayor o menor grado ello afecta el comercio entre los Estados miembro de la Unión Europea. El control de este tipo de infracciones, forma parte de las competencias de la Comisión Europea.

El Derecho de la Unión Europea en materia de concurrencia completado por las disposiciones nacionales tomadas por los Estado miembro de la Unión Europea que implementa las sanciones del abuso de posición dominante. En Francia, por ejemplo, la sanción por el abuso de posición dominante está prevista en el artículo L. 420-2 del Código de Comercio (Libro IV).

¹⁶ El destacado es mío. La construcción gramatical suena ilógica al negar dos veces en el mismo sentido.

¹⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Abuso_de_posici%C3%B3n_dominante. Ver también Aurélien Condomines, Droit Français de la Concurrence.

La afectación a la competencia que es objeto de sanción, únicamente se constituye cuando la empresa u organización en cuestión está en posición dominante, cometiéndose abuso en esa situación.

La dominación es una situación de hecho.

Situación de poder económico u otro de una empresa, que le da el poder de obstaculizar la libre competencia en un mercado a través de la posibilidad de aplicar un comportamiento independiente frente a sus concurrentes.

Para que el comportamiento sea objeto de una sanción por parte de una autoridad de concurrencia (o por un juez), la empresa debe efectivamente abusar de su posición. El abuso de posición se caracteriza por un específico comportamiento orientado a influenciar la estructura del mercado (en donde por lo general el grado de concurrencia ya está algo disminuido precisamente por la posición dominante de la empresa en cuestión), de modo de introducir obstáculos y/o recurrir a procedimientos diferentes de los que gobiernan la competencia normal de los productos o servicios ofrecidos.

Ejemplos de abusos sancionables son rechazar ventas según su origen, o realizar ventas discriminatorias en cuanto a los precios, o imponer precios predatorios y/o condiciones comerciales desequilibradas según quien compre o venda.

Nuestro país tiene ahora trayectoria sobre este tema y se trata en un ámbito de la Competencia desleal¹⁸. No la tenía tanto a mediados del siglo pasado y se tomó el problema como infracción, francamente a partir de 1960.

Otra cuestión muy diferente es el fraude a la ley o la pretensión de actuar fuera de los márgenes legales en cuyo caso podría haber posición dominante captable por el derecho penal.

En la Cátedras universitarias fue motivo de consideración para su estudio a partir de esa época y se puede apreciar la legislación que hubo en tal sentido, como se dijo.

Se ha tratado hasta ahora mediante leyes federales o leyes del Congreso y ahora con la sanción del Código Civil y Comercial en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, tal situación queda comprendida como se aprecia en el Título Preliminar Capítulo 3 Ejercicio de los Derechos art. 11.

Desde el punto de vista penal los fraudes en el ámbito del abuso de posición dominante exigirán todas las características requeridas al delito de estafa.

En cuanto a la inserción en el ámbito penal, soy de opinión que debe ser la última ratio y por ello, considero que se debe resolver con sanciones comerciales.

Conclusión:

- 1) El abuso de posición dominante es un hecho propio del ámbito de la competencia entre integrantes de los mercados de consumo.
- 2) Es propio de una economía de consumo.
- 3) Nuestro país, aún siendo considerado en vías de desarrollo, ha elaborado leyes que procurado restaurar el equilibrio a partir del siglo pasado concretamente.
- 4) Por el principio de mínima intervención no considero acertado procurar incluirlo dentro de los fraudes. Se puede equilibrar dentro del flujo de los mercados o con sanciones civiles o, en su caso, comerciales.
- 5) Cuestión diferente es el fraude a la ley donde sin dudar estaríamos en presencia de su captación por el Derecho Penal.

¹⁸) Ver OTAMENDI, Jorge. *Competencia Desleal*.

VII. CONJUNTOS INMOBILIARIOS NUEVOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹⁹. TIEMPO COMPARTIDO. CLUBES DE CAMPO.

El tiempo compartido y los clubes de campo son en primer término conjuntos inmobiliarios, esto es nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial.

En este sentido se tipifica a los clubs náuticos, barrios cerrados y parques tecnológicos.

Quedan incluidos también parques industriales o empresariales o cualquier otro emprendimiento urbanístico sin importar, independientes del destino y pueden ser emprendimientos mixtos con arreglo a las normas locales.

Tienen como características: partes comunes y privativas, elementos necesarios de cerramiento, un reglamento y no puede faltar algún elemento, tal como expensas propias del estado de indivisión forzosa y perpetua, lugares y bienes comunes, personería jurídica y comunicación de innovación de limitación de partes comunes y privativas, como se señala en el art. 2075.

2073. Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

2074. Características. Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes; cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las artes, lugares, y bienes comunes, reglamento por que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos de los particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.

2075. Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título 5 de este libro, con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

2076. Cosas y partes necesariamente comunes. Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento.

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.

¹⁹ NORIEGA Nina, Socio Gerente en EL HOMBRE Y COSAS COACH JURÍDICO. <http://es.slideshare.net/ninanor2003/conjuntos-inmobiliarios-nuevos-derecho-real-en-el-codigo-civil-y-comercial>

2077. Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse o en proceso de construcción y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

2078. Facultades y obligaciones del propietario. Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

2079. Localización y límites perimetrales. La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables.

Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso se pueden materializar mediante cerramiento en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

2080. Limitaciones y restricciones reglamentarias. De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad horizontal puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanística. Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrantes de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario.

2081. Establece los gastos y contribuciones. Los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares.

2082. Cesión de la unidad. El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o unidades particulares, por cualquier título o derecho real o personal, el uso y goce de su unidad funcional.

2083 REGIMEN DE LOS PROPIETARIOS. Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios. El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni *mortis causae*. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario.

2085. Transmisión de unidades. El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades privativas.

2086. Sanciones. Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad horizontal, el consorcio del propietario puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento.

En opinión de la autora citada se trata de “una batalla ganada y necesaria”. En ese sentido considera que la arquitectura evoluciona más rápidamente que la ley que debe regularla. Los antecedentes de los proyectos de reforma de 1998, recomendaciones de relato-rías, condujeron a que la voluntad del legislador creara esta nueva figura, que permitirá dar marco y naturaleza jurídica y evitar la aplicación de otras figuras que no tienen en cuenta a la esencia de estas cosas²⁰.

Conforme lo que venimos considerando desde el punto del Derecho Penal, las cuestiones versarán especialmente en el ámbito del Derecho Civil y resueltas por la vía de la aplicación del reglamento en cuanto a los derechos.

Es posible la comisión de estafas al inducir en error a otro mediante cualquier ardid o engaño en relación al cumplimiento del reglamento de propiedad, expensas, transmisibi-lidad de los derechos en estado de indivisión.

El administrador es un garante del cumplimiento del reglamento y podría estar involucrado tanto por vía de acción como de omisión.

En cuanto al tipo del delito de usurpación, si bien puede ocurrir, se ve de más difícil comisión porque se trata de una indivisión forzosa, donde de alguna manera los titula-res de un club de campo o barrio privado al ser muchos más por tratarse de una propiedad generadora de indivisión forzosa, existen más defensas para que se pueda producir, más no imposible. Es mucho más fácil ocupar usurpando una vivienda cuyo habitante es una sola persona, que cuando son muchos y además está el administrador como guardador de su uso y goce.

En consecuencia al ver como difícil la usurpación, veo también muy dificultosa la prescripción adquisitiva o usucapión.

Igualmente no hay que descuidar, linderos, espacios de acceso común y los ámbi-tos de uso y goce.

²⁰ Ver CLUB DE CAMPO HARAS DEL SUR C/FARIAS PABLO OSCAR s/EJECUTIVO Expediente n° 19666/2014.” ... la cuestión a resolver en esos autos fue el de la problemática mayor de los denominados títulos ejecutivos convencionales” esto es, si cabe reconocer a las partes en una relación jurídica la facultad de acordar convencionalmente títulos ejecutivos al margen de los legalmente previstos. Resulta ser un tópico altamente controversial, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, generador de encendidos debates, entendiéndose en definitiva que no existe óbice jurídico alguno para acordar a los particulares aquella aptitud jurídica (arg. Arts. 1137 y 11197 C.C.) siempre que :1) no exista expresa prohibición legal en contrario (C.N. art. 19), no se viole el orden público procesal y se respeten las condiciones que hace a la habilidad ejecutiva de tales instrumentos, las cuales se encierran expresamente previstas en normas procesales (por ejemplo que se trate de una obligación dineraria líquidas o fácilmente liquidable, no sujeta a condición, asentada en un instrumento que se baste a sí mismo a fin de que no se requiera indagación ajena al mismo y del cual surjan las condiciones de acreedor y deudor). Dos son los argumentos principales que, en adición a los postulados por la doctrina a la que adscriben, habilitan a juicio del Tribunal tal solución: renunciabilidad de los derechos y el efecto de la buena fe contractual y la doctrina de los actos propios. Así se señala que de la misma manera que una persona puede legítimamente renunciar a derechos que involucren un interés patrimonial (arts. 868 C.C. y ss.) también se encuentra facultado para restringir o acotar el margen de sus defensas oponibles ante un eventual reclamo judicial tratándose de un derecho creditorio. Desde este abordaje, el pacto de ejecutividad no es más que una renuncia anticipada por parte del deudor futuro a su derecho a un proceso de “conocimiento” que “declare” la existencia de la deuda por expensas comunes. Por otra parte, el principio de la buena fe no resiste la idea de que un contratante dote a la otra parte de un instrumento eficaz para la ejecución y que, cuando se pone en marcha el mecanismo acordado, se intente cuestionar la base de la contratación, sin alegar la existencia de un vicio de la voluntad al momento del acuerdo. En consecuencia se admitió el juicio ejecutivo para cobrar las expensas comunes. Tribunal Rafael F. Barreiro y Juan Manuel Ojea Quintana. Secretaría María Eugenio Soto.

Conclusión.

- 1) Es un derecho real de dominio de división forzosa
- 2) Debe existir reglamento y el Administrador es el principal responsable por comisión y omisión.
- 3) Puede haber usurpación pero es fácticamente difícil
- 4) Se puede independizar el pago de las expensas comunes mediante títulos valores de naturaleza ejecutiva.
- 5) Pueden cometerse otros hechos delictivos. En la medida de lo posible, soy de opinión que debe resolverse por la vía civil.

VIII. TIEMPO COMPARTIDO

El sistema empezó a desarrollarse a partir de la década de 1960 en Francia y pensado como descanso vacacional.

En Argentina datan de 1979, tuvo un importante desarrollo a partir de 1990 hasta 2003.

La Ley 26356 y el Decreto 458/2008 generaron el marco normativo y la regulación de los tiempos compartidos, en tanto el Código Civil y Comercial (Ley 26994) creó el derecho Real de Tiempo compartido. A partir de la fecha de la sanción de ley se reanuda con más interés por parte de los usuarios, la suscripción al sistema.

Entre los arts. 2087 a 2102 se tipifica la figura propiamente dicha.

Estrictamente viene del derecho anglosajón cuya traducción sería multipropiedad.

El art. 2087 señala: se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles.

Forzosamente debe integrarse con uno o más bienes inmuebles afectados a ese uso periódico y por turnos como se dijo lo que surge de la ley 26.356 art. 2.

La diferencia que pueden establecerse entre la ley últimamente citada y la regulación del Código Civil proyecto 2014 es que se otorga definición al instituto en el Código Civil más amplio que la ley anterior.

De esta manera quedan incluidos alojamientos, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines que se ofrezca para uso periódico.

Nuevamente, como ocurre con la propiedad horizontal se requiere la afectación de los inmuebles a ese fin.

Los bienes que integran es con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados según lo dispone el art. 2088 C.C.

No existe otra forma de afectación que no sea por escritura pública. Puede ocurrir que el dueño no sea el emprendedor en cuyo caso se debe hacer constar en la escritura pública el consentimiento del dueño.

Contrariamente a lo que sucede con los inmuebles tradicionales, la inscripción debe realizarse en el Registro de la Propiedad inmueble y en el Registro de Prestadores y Establecimiento Vacacionales dependiente del Ministerio de Turismo como lo dispone el art. 2092.

Una vez que está afectado el bien a tiempo compartido existe la prohibición para el propietario de desafectarlo, de allí la necesaria manifestación del titular registral de prestar su consentimiento.

Esta situación va de suyo, pues incluido un inmueble y, en su caso, sus muebles a tiempo compartido se genera la expectativa de quien proporciona su inmueble a igual situación para ofrecerlo y tomar.

Es una responsabilidad contractual de la que surge una cadena de responsables tales como: usuario, propietario, emprendedor, vendedor, revendedor, administrador, prestador.

También se compone de una serie de situaciones tales como red de intercambio, período de uso.

Se entiende que es una ventaja pues confluyen los beneficios del departamento de vacaciones y los servicios de un hotel de categoría, le da a los usuarios la posibilidad de vacacionar en distintos lugares.

Obviamente existe vencimiento del plazo. Ello ocurre cuando y produce la extinción de la afectación cuando se hubiera rescindido la totalidad de los contratos lo que se hará constar en escritura pública.

Puede extinguirse también por obsolescencia, en cuyo caso se pueden revocar los derechos que se hubiera enajenado mediante declaración de afectación y también, cuando el emprendedor así lo decidiera.

En nuestra opinión, resulta atractivo, pero indiscutiblemente el encargado del cumplimiento de la afectación es quien más responsabilidades tiene.

Desde punto de vista penal, puede haber usurpación y si no hay oposición se podrá llegar a la usucapión de mala fe y obviamente como en todo otro caso de derecho real de dominio pueden surgir diversos delitos sobre las propiedad como daños y estafas.

La responsabilidad contractual genera habitualmente esta clase de delito y en este caso precisamente por haber registración habrá que analizar seriamente los delitos de daño doloso y usurpación y falsificación de instrumento público.

IX. POSESIÓN DE SUCESORES

2280 Situación de herederos. Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

Si están instituidos bajo condición suspensiva, están en esa situación a partir del cumplimiento de la condición, sin perjuicio de las medidas conservatorias que corresponden.

En principio responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados.

Existen causales de indignidad dispuestas en el art 2281. Perdón de la indignidad en el art. 2282. Se dispone sobre quién puede ejercer la acción en el art. 2283. Hay caducidad de excluir al heredero indigno en el art. 2284, se regula sobre sus efectos.

Por otra parte, se dispone sobre la aceptación y renuncia de la herencia, el Derecho a Opción, sobre el tiempo de la aceptación y la renuncia en el art. 2286. Se dispone sobre la facultad de aceptar o renunciar la herencia art. 2287. Existe caducidad del derecho a opción, art. 2288. Se instituye la intimación a aceptar o renunciar art. 2289. Se legisla sobre la transmisión del derecho a opción art. 2290 sobre el efecto del derecho a opción es de carácter retroactivo y está regido por el art. 2291. Se regula la acción de los acreedores de heredero.

Luego se legisla sobre la aceptación de herencia. Sobre formas de aceptación art. 2293, se regulan cuáles son los actos que implican aceptación art. 2294. Se instituye la aceptación forzada y sobre los actos que no implican aceptación. Se legisla sobre la aceptación de una persona incapaz.

Asimismo se legisla sobre la renuncia a la herencia art.2298, sobre la forma de la renuncia art. 2299, sobre la retractación de la renuncia, art. 2300 y sobre los efectos de la renuncia.

Se legisla sobre la Cesión de la herencia el momento, la extensión y exclusiones, los derechos del cesionario, la garantía por evicción, sobre los efectos de la confusión, respecto de las obligaciones del cesionario, de la indivisión postcomunitaria, de la cesión de bienes determinados entre los art. 2302 a2309.

Se regula sobre la petición de herencia, su procedencia, imprescriptibilidad, restitución de los bienes, derechos del heredero aparente, entre los arts. 2310 a 2315.

Se regula asimismo en el capítulo 5 sobre la responsabilidad de los herederos legatarios y liquidación del pasivo.

Se preocupa por la preferencia de los acreedores, la responsabilidad del heredero, el legado de universalidad, la acción contra los legatarios, el reembolso a otro heredero legatario, la responsabilidad con los propios bienes, prioridad de los acreedores del heredero sobre los bienes del heredero, desde el art.2316 a 2322.

Trata el Estado indivisión y dentro del mismo la Administración extrajudicial. Considera reglas de aplicabilidad, actos conservatorios y medidas urgentes, actos de administración y de disposición, ausencia de impedimento, las medidas urgentes, el uso y goce de los bienes y sus frutos desde el Art.2323 al 2329.

Se ocupa de la indivisión forzosa (cuestión que vimos al estudiar los cementerios parques o parques tecnológicos o clubes de campo) en los arts. 2330 a 2334.

El proceso sucesorio es tratado a partir del art. 2235 y culmina en el art 2362.

Luego trata la Partición desde el Art 2363 hasta 2423.

Las sucesiones intestadas van desde el Art. 2424 al2461, en tanto, las testamentarias ocupan desde el art. 2462 al 2531.

Algunas reglas de forma están legitimadas en un código de fondo porque hace al nacimiento, subsistencia y extinción de los derechos hereditarios, cuestión de carácter sustancial donde el principio del Federalismo está conservado.

Evidentemente este punto relativo a los herederos trae gran cantidad de colisiones que deben ser resueltas y pueden dar lugar al fraude a la ley y abuso del derecho²¹.

Para la doctrina²² el nuevo Código Civil llega con fuertes cambios a favor de los herederos pues existe un destino más flexible para dejarle más dinero a algunos herederos de aquéllos a los que se podían dejar anteriormente, manteniéndose, en esa época solamente una disponibilidad del 20% del total del acervo hereditario.

También se incorporan nuevas personas que podrán gozar de los beneficios de una herencia como son sucesores post mortem.

En estas condiciones estamos respecto de los derechos civiles y desde el punto del Derecho Penal soy de opinión que como el derecho hereditario está tan imbuido de relaciones intrafamiliares debe ser aplicado en casos extremos.

Naturalmente el delito más posible de ser cometido es la estafa o alguna defraudación de los incisos primeros del art. 173.

Es en este caso el ultimísimo instrumento de control.

Aspiro a que las reglas del Código Civil que constituyen un adelanto, sean suficientes para la solución de conflictos.

Estas y otras renovadas figuras, sin duda exigirán una labor importante en la interpretación para lograr equilibrio.

X. MATRIMONIO “IN EXTREMIS” CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES

²¹ RICHARD, Efraín Hugo. ¿Contra Derecho? Conferencia pronunciada el 31 de julio de 2013 a raíz del inminente tratamiento de la ley 26994.

²² <http://www.ipropiefesional.com/notas/145712-Herederos el nuevo Código Civil>

Art. 2436 Matrimonio “in extremis”. La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial.

2437. Divorcio, separación de hecho y cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. El divorcio, la separación de hecho sin la voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

In extremis o *in extrema res* es una locución de uso actual que significa "en los últimos momentos", "en las últimas". Se aplica a ciertas personas y situaciones, indicando que están a punto de morir, desaparecer, finalizar, etc.

Un ejemplo es cuando algunas parejas contraen matrimonio "in extremis", al estar uno de ellos a punto de morir, por lo cual las legislaciones permiten acelerar los trámites necesarios.

Está formada por la preposición *in* ("en") y el ablativo plural de *extremus*, *-a*, *-um* ("último").

La expresión se usa también en narrativa para referirse a una de las tres posibilidades de ordenar la narración de los hechos: *Ab ovo*, la primera posibilidad y la más intuitiva, indicaría que la historia se desarrolla desde su inicio, siguiéndose un orden cronológico. La segunda posibilidad, *in medias res* señala que la narración empieza en medio de los hechos, pudiéndose hacer una rememoración o vuelta atrás. En la tercera posibilidad, *in extremis*, la narración se empieza por el final, empieza por el desenlace.

La primera regla tiende a proteger uniones cumplidas por exclusivo interés hereditario.

La única manera de superar la situación planteada es para el caso que haya habido una unión convivencial precedente.

La segunda regla es una consecuencia lógica de que quien hereda es quien convive porque se han asistido mutuamente.

Desaparecida la convivencia, va de suyo que no puede admitirse la vocación hereditaria.

Circunvención de Incapaces

El Código Penal tipifica el delito de circunvención o aprovechamiento de menores o incapaces, y dice: “Sufrirá prisión de 2 a 6 años...el que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo...”.-

La presente disposición no regula un caso típico de defraudación, pues no existe ardid o engaño como medio comisivo sino un aprovechamiento indebido de los caracteres del sujeto pasivo.- Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, pero sujeto pasivo debe ser un menor o incapaz, declarado o no judicialmente. Son menores quienes no han cumplido los 18 años. Existe delito con relación a menores emancipados cuando el documento que se les haga suscribir se refiera a actos para los cuales la ley no les otorga capacidad.

Son incapaces los dementes declarados o no, los disminuidos en sus facultades mentales y los sordomudos, pero el artículo se refiere también a la incapacidad de hecho resultante de defecto psíquico, existente en el momento del hecho. Además ese estado debe

ser evidente, pues aún cuando se trate de un psíquicamente incapaz, no existirá delito si el sujeto activo pudo creer razonablemente que estaba frente a un sujeto capaz.

Abusar implica aprovecharse de las necesidades de cualquier tipo que sean, y aún cuando fueren ficticias, pasiones reprochables o no o inexperiencia, lo cual difiere aprovecharse de su incapacidad. El abuso debe estar encaminado a hacer firmar al menor un documento que produzca efectos jurídicos en perjuicio suyo o de un tercero. Estos efectos jurídicos deben ser apreciables patrimonialmente pues se trata de un delito contra la propiedad. No es necesario que ese perjuicio se produzca efectivamente, pues el delito se consume con la sola firma del documento, pero si es necesaria la existencia de una posibilidad de perjuicio derivada de ese acto.

Es por ello que el hecho es igualmente punible aun cuando el acto fuera civilmente nulo como consecuencia de la incapacidad del otorgante o de cualquier otro defecto.

Acerca de este ilícito se ha concluido que “para la existencia de la defraudación especial del art. 174 inc.2º del Cód. Penal, en la persona del incapaz, es menester que la insuficiencia mental de la víctima sea notoria, habitual y manifiesta, de modo que el imputado haya tenido motivo razonable para creer que se hallaba en presencia de un incapaz”.

En orden al tratamiento que nosotros le estamos dando a esta aproximación del Derecho Penal al Código Civil y comercial recientemente sancionado puede decirse que sin duda afecta el ámbito de los derechos hereditarios del incapaz cuando se produce un ardid para generar una minusvalía y la consecuente imposibilidad de manejar su cuota hereditaria.

La minusvalía en este tipo de delitos puede provenir también de una avanzado estado de senilidad, de enfermedad de Alzheimer y los documentos más comunes que se hacen suscribir son los testamentos, escrituras o contratos de compraventa para la transferencia de bienes.

Conclusiones:

1. Es una figura de neto carácter preventivo para el derecho a la propiedad.
2. No son pocos los casos en que se procura la declaración de incapacidad para procurar la declaración de incapacidad
3. La ciencia hoy es un resorte de suma importancia para detectar cuáles son los verdaderos casos en que un incapaz no podrá manejar sus bienes.
4. Concretamente la sordera no me parece que debe ser incluida como elemento discapacitante por si sola pues los sordos y mudos saben darse a entender.
5. Es un tipo penal propio de principios de Siglo.

XI. ANEXO

- Ley 26994 y legislación complementaria aprobados por ley 26939
- Ley 24.193 modificada por Ley 26066 art. 28 y ss.
- Ley 22.990. Ley de sangre B.O. 2/12/83
- C.P. texto según ley 26.842 Art. 145 bis. Trata de personas.
- Art. 140 C.P. vigente
- Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (111) del 10 de diciembre de 1948 dispone en el Arts.24 y 25.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la conferencia especializad Interamericana sobre Derechos Humanos, con vigencia el 18 de julio 1978 , Artículo 5.
- Ley 22.990. Ley de sangre B.O. 2/12/83

- Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Art. 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
- Anteproyecto de Código Penal 2014 título IV de los delitos contra la libertad cap. III protege la intimidad o privacidad entre los arts. 119 y 121.
- Art. 145 bis ley 26. 842 B.O. del 27/12/12
- Anteproyecto de 2014 en el art. 111.
- Constitución Nacional en el Art. 14
- Constitución Nacional Art. 17.
- Código Penal art. 172.

editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Julio 2016

