



DERECHO A LA SALUD Y EL ANÁLISIS GENÓMICO

Derecho y salud: el análisis genómico como derecho de las personas

SU IMPACTO EN LOS PACIENTES CON ENFERMEDADES POCO FRECUENTES Y EN LOS NUEVOS DEBATES PARLAMENTARIOS

Juan Manuel Ottati Paz (*), Marcelo Martí (**)
y Franco G. Brunello (***)

SUMARIO: I. Introducción: ¿Qué es pragmáticamente la genómica clínica?— II. Enfermedades genéticas: la importancia de la secuenciación masiva y el análisis de variantes.— III. Cómo la genómica puede beneficiar al paciente y cambiar nuestra concepción de enfermedades poco frecuentes para siempre.— IV. Ley Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes. Derecho a la salud y diagnóstico.— V. Proyecciones económico-financieras.— VI. El impacto de la genómica en la historia clínica y consentimiento informado.— VII. La genómica prenatal y el Anteproyecto de Ley de Embriones.

→ Los avances en materia legal y regulatoria parecieran indicar que la dirección es una sola, la de una atención integral de aquellos que buscan formar una familia, derecho incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, dándoles la oportunidad de prever hasta cierto grado la posibilidad de que su hijo por nacer no se vea afectado por patologías genéticas graves que le acarreen fuerte impacto en su calidad de vida, asociado a su vez al derecho a la salud enunciado por OMS.

I. Introducción: ¿Qué es pragmáticamente la genómica clínica?

El Dr. Carlos Ghersi postulaba que “el derecho no se puede estudiar como una ciencia que se encuentra apartada de las demás, como si fueran compartimentos estancos” (1). Y en ese mismo orden de ideas, el Dr. Eduardo J. Couture en sus “mandamientos del abogado” decía: “1º. Estudia - El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”.

En la actualidad, cuando hablamos de la salud (derecho básico y esencial del ser humano), no podemos desconocer los grandes avances que hace la ciencia médica, tanto

CONTINÚA EN PÁGINA 2

El diagnóstico genético preimplantacional

UNA MIRADA DESDE LA PREVENCIÓN DEL DAÑO

María Soledad Tagliani (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Enfermedades genéticas hereditarias.— III. El diagnóstico genético preimplantatorio.— IV. Derecho a la salud.— V. Prevención del daño.— VI. Situación de la cobertura del DGP en la Argentina.— VII. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.— VIII. El debate ético sobre la aplicación del DGP.— IX. Palabras finales.

→ Si se encuentra acreditado el riesgo de tener descendencia con alguna patología que pueda afectar su salud, al encontrarse comprometido principalmente el derecho humano a la salud, se debe obrar en forma preventiva —como así también, lo consagra el Cód. Civ. y Com. en el art. 1710— adoptando todos los recursos de los que se dispone para evitar la producción de un daño. Se trata, nada más ni nada menos, de colocar al alcance de todas las personas la tecnología médica necesaria para ejercer esos derechos.

nóstico genético preimplantatorio (en adelante, DGP), permiten la selección de aquellos embriones sanos, con el objetivo de evitar la transmisión de malformaciones genéticas hereditarias a los hijos, que, de otro modo, afectarían gravemente su calidad de vida, condicionando en muchos casos su existencia.

En orden a ello, a la entidad de los derechos involucrados, como la salud, la dignidad y la calidad de vida de las personas, y al lugar trascendental que ocupa la prevención en materia de derecho de daños, se estima fundamental el acceso integral a todas las TRHA, incluyendo el DGP como una práctica preventiva esencial.

II. Enfermedades genéticas hereditarias

Conforme a la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), se entiende por enfermedades congénitas a las anomalías estructurales o funcionales, como los trastornos metabólicos que ocurren durante la vida intrauterina y se detectan durante el embarazo, en el parto o en un momento posterior de la vida (1).

Existen tres categorías de defectos congénitos: genéticos —que pueden ser hereditarios o no—, multifactoriales (p. ej., cardiopatía) y ambientales (como rubeola, ingesta de medicamentos, radiaciones, etc.) (2).

I. Introducción

La evolución de la ciencia y de la genética médica ha permitido identificar una gran variedad de enfermedades genéticas hereditarias graves, y si bien no se ha logrado su cura, hoy por hoy es posible evitar su transmisión a la descendencia.

A tal fin, revisten esencial importancia las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), porque, unidas al diag-

CONTINÚA EN PÁGINA 4

DOCTRINA

Derecho y salud: el análisis genómico como derecho de las personas
Su impacto en los pacientes con enfermedades poco frecuentes y en los nuevos debates parlamentarios

Juan Manuel Ottati Paz, Marcelo Martí y Franco G. Brunello 1

El diagnóstico genético preimplantacional
Una mirada desde la prevención del daño

María Soledad Tagliani 1

NOTA A FALLO

La muerte del trabajador y sus indemnizaciones en la Ley de Contrato de Trabajo

Lucas J. Pereyra 8

JURISPRUDENCIA

INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR. Art. 248, LCT. Requisitos. Acreditación del vínculo (SC Buenos Aires)..... 8

DETERMINACIÓN DE OFICIO. Principio de unicidad. Art. 19 de la Ley de Procedimiento Tributario. Determinación parcial. Efectos. Rechazo del planteo de nulidad (CNFed. Contenciosoadministrativo). 10

MEDIDAS CAUTELARES. Embargo solicitado sobre porción indivisa de inmueble adjudicado a la mujer en concepto de compensación económica por cese de unión convivencial. Medida pedida por los exconvivientes. Rechazo de la pretensión (CNCiv.) 11

REPRESENTACIÓN PROCESAL. Rechazo de la pretensión orientada a tener por ratificada el acta-poder acompañada en ocasión de promover el juicio (CNCCom.)..... 12

Derecho y salud: el análisis genómico como derecho de las personas

● VIENE DE TAPA

la práctica médica como la investigación, dando lugar a nuevas disciplinas que mejoran la vida del hombre. Entonces, tampoco el derecho puede desconocer estos avances. Así como la vacunación revolucionó la salud pública en el siglo pasado orientada a la profilaxis de enfermedades infecciosas comunitarias, hoy creemos necesario visibilizar la genómica y su potencial para revolucionar el derecho de la salud de este nuevo milenio, orientada a la prevención, el diagnóstico y el tratamiento de diversas patologías en forma personalizada, bajo el lema de la “medicina de precisión”.

La genómica es una rama de la biología relativamente joven, que se aboca al análisis de los genomas de los seres vivos. En las sociedades del siglo XXI forma ya parte del saber popular que la información genética, aquello que nos define biológicamente como individuos y que es heredado de nuestros antecesores, se encuentra codificada en el ADN (ácido desoxirribonucleico), una de las siglas más populares y utilizadas habitualmente. El ADN posee una estructura en forma de la famosa doble hélice; la sucesión de moléculas (o bases del ADN, de las cuales hay cuatro, las conocidas A, T, C y G) de cada una de las hebras de la hélice define una secuencia y esta secuencia contiene la información.

Desde la escuela secundaria, nos recuerdan el paralelismo con el “Tango” las iniciales de Aníbal Troilo y Carlos Gardel, como una ayuda memoria para las bases: adenina, timina, citosina y guanina. Inescapable es, entonces, la idea de que en nuestro saber “popular”, y fuera de un motor de búsqueda de internet, todos los individuos de nuestra sociedad conocemos aquello que genéticamente nos hizo. Llevado al campo de la filosofía de Sartre, “Somos lo que hacemos con lo que hicieron de nosotros” a la realidad genética.

El genoma de un organismo comprende entonces la secuencia completa de la (s) molécula (s) de ADN de cada una de nuestras células. Cada especie posee un genoma que la define, pero luego cada individuo posee un genoma único que varía, en cierta medida, del genoma de la especie. La genómica humana estudia el genoma humano (el que nos define como especie) y los genomas personales de cada uno de nosotros.

El genoma haploide (el heredado de uno de nuestros padres) de un individuo humano está constituido por una secuencia de 3.000.000.000 de bases (ATCG) de longitud. Los seres humanos poseemos dos copias, una heredada de cada uno de nuestros progenitores, por lo que nuestro genoma se dice diploide (es el resultado de la conjunción de la información genética de ambos padres).

En estas extensas secuencias quedan confinados ciertos elementos de probada fama

y renombre: los genes. Estos quedan constituidos como subsecuencias y su potencial es el de dar lugar a determinados productos, siendo los de mayor implicancia biológica (y tras un complejo proceso de decodificación del lenguaje del ADN) las proteínas. Estas se revelan como los principales protagonistas de la realización de una infinidad de procesos celulares, desde el metabolismo hasta la contracción muscular. Por lo tanto, podríamos interpretar las proteínas como los efectores últimos de la información contenida en el ADN en muchos aspectos.

Resulta lógico entonces pensar que, para un gen determinado (con una secuencia de ADN determinada), se encontrará codificada la información para la generación de una proteína determinada. Consecuentemente, alteraciones en la secuencia de ese gen producirán alteraciones en la constitución de dicha proteína y, por lo tanto, alteraciones en su funcionalidad y los procesos celulares que de ella dependan. Estas alteraciones, pueden dar lugar a desarrollos patológicos o, en criollo, enfermedades. Estas son las que se conocen como *enfermedades genéticas*, y el estudio de la genómica humana permite mediante la determinación de las secuencias de los genomas individuales conocerlas, esto es, diagnosticarlas y comprender los mecanismos de su desarrollo, lo que en última instancia permite el desarrollo de terapias.

II. Enfermedades genéticas: la importancia de la secuenciación masiva y el análisis de variantes

Acompañando el exponencial crecimiento del conocimiento de la materia, se logró un salto cuantitativo fenomenal en la capacidad de las tecnologías que tienen como objetivo el estudio del material genético (fundamentalmente su secuenciación, que comprende la determinación de la secuencia de todo o parte de un genoma), las llamadas *tecnologías de secuenciación masiva*.

La conjunción de ambos factores, sumada al valiosísimo aporte que ha brindado la informática en lo referido al manejo de datos biológicos de descomunales proporciones, ha permitido el desarrollo de estudios clínicos orientados a dar respuesta a preguntas cuyo origen se encuentra en nuestro (s) genoma (s), el ADN. Entonces, nuestro mismo organismo se vuelve un libro abierto para conocer las enfermedades heredadas, como así también aquellas para las cuales somos portadores y potencialmente podemos transmitir a la descendencia, o incluso aquellas para las cuales simplemente poseemos una susceptibilidad. Toda una “pesada herencia genética”.

La información de la secuencia del ADN de un individuo por sí sola no nos dice absolutamente nada, ni mucho menos sirve para elaborar un diagnóstico. Con fines de extraer información útil de ella, se aplican algoritmos informáticos. En un primer momento, se compara la información genética del paciente respecto de una referencia (*genoma de referencia*) para lograr identificar diferencias respecto de este, denominadas “variantes”. Es sobre estas diferencias que se realizará un cruzamiento con las diferentes bases de datos biológicas y se utilizarán predictores de distintos tipos con el fin de evaluar su potencial patogénico.

Como resultado del proceso descrito en el párrafo anterior, se obtiene un listado de variantes (diferencias respecto de la referen-

cia) con una abundante cantidad de información biológica asociada en donde realizar la búsqueda de aquellas potencialmente plausibles de explicar el fenotipo clínico del paciente (es decir, permitir lograr un diagnóstico, o simplemente responder la crítica pregunta: “Doctor, ¿qué me está pasando?”).

Este largo y arduo proceso que hemos explicado muy sucintamente implica gran cantidad de mano de obra intensiva y altamente calificada (con que la Argentina, actualmente y gracias a la universidad, cuenta), así como de disponer de todos los insumos necesarios para lograr la secuenciación. Los costos reales para el estudio de cada paciente se elevan a niveles significativos, aunque, en términos relativos el diagnóstico podría considerarse económico y con grandes ventajas comparativas frente a otros estudios (que no arrojan los mismos resultados).

El análisis temporal de los costos de secuenciación en las últimas décadas nos marca que nuevas tecnologías de secuenciación sumadas a una demanda creciente han logrado disminuir progresivamente sus costos, lo que a su vez ha permitido el acceso a estas tecnologías a un sector cada vez más grande de la población. En última instancia, la capacidad de secuenciar genomas individuales (personales) a bajo costo es lo que abre las puertas a una medicina verdaderamente personalizada y de precisión.

III. Cómo la genómica puede beneficiar al paciente y cambiar nuestra concepción de enfermedades poco frecuentes para siempre

Muchos son los pacientes que pueden verse potencialmente beneficiados por las tecnologías de secuenciación masiva, poniendo en un primer plano a aquellos que padecen una de las tantas enfermedades poco frecuentes (en adelante, EPoFs), que se presume en la Argentina afectan, en su conjunto, a alrededor de 3 millones de personas. En numerosas EPoFs la alteración de un único gen es la que lleva a un cuadro clínico —patrón mendeliano de herencia (2)— que puede implicar alteraciones en el desarrollo, neurodegeneración, discapacidad, entre otras, que impactan de manera radical en la calidad de vida del paciente.

Durante mucho tiempo estas patologías se estudiaron en los laboratorios de genética clásica, con base en el estudio y la secuenciación de uno por uno de los genes candidatos. Esto conllevaba en muchos casos una búsqueda prolongada y costosa, pues debemos considerar que muchas de estas patologías superponen signos y síntomas (fenotipo), lo que dificultaba el diagnóstico de los pacientes que quedaban así inmersos en las denominadas “odiseas diagnósticas”. Las tecnologías de secuenciación masiva superan este escollo permitiendo determinar de manera costo-efectiva la alteración genética de la EPoF.

Si bien este tipo de estudios ofrece innumerables beneficios a los pacientes y a sus familias y ya se practica su uso en la Argentina, no existe al día de la fecha un verdadero marco que regule su actividad, lo cual resulta sorprendente dado que, además de la valiosísima información que pueden proveer, esta es también de una naturaleza muy sensible al paciente y por lo tanto su manejo y propiedad son cuestiones que ameritan tomar cartas en el asunto. Por otro lado, una regulación eficiente no puede desentenderse de los aspectos económico-financieros, para lo cual resul-

ta imprescindible analizar cuál es la situación en nuestro país, con qué recursos se cuenta y cuál podría ser el potencial rumbo que la disciplina tome en el ámbito local.

IV. Ley Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes. Derecho a la salud y diagnóstico

En el año 2011 se sancionó la ley nacional 26.689 del “Cuidado integral de la salud de personas con enfermedades poco frecuentes”, la cual define (art. 2º) a las mismas como aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) personas con el fin de mejorar la calidad de vida de estas y sus familias (art. 1º).

Numerosos son los beneficios que podría generar, garantizar el acceso a los estudios genómicos, a las personas que padecen el flagelo de las enfermedades poco frecuentes. Al respecto, analizar algunos puntos que se desprenden de la ley 26.689 obliga a considerar la inclusión de estos estudios dentro del plan médico obligatorio (PMO).

En el art. 3º, sección a), la norma dice: la presente ley, a través de su autoridad de aplicación (Ministerio de Salud), promueve “el acceso al cuidado de la salud de las personas con EPoFs, incluyendo las acciones destinadas a la detección precoz, tratamiento y recuperación, en el marco del efectivo acceso al derecho a la salud para todas las personas”. Los hallazgos clínicos brindados por la genómica se presentan como una excelente alternativa dentro de las metodologías diagnósticas.

Los estudios genómicos en cuestión ofrecen una excelente perspectiva global de la naturaleza genética del paciente (y esto sea dicho de paso, nunca en desmedro de otras técnicas de la citogenética tradicional —como el cariotipo o el bandedo cromosómico— o de la biología molecular —como la secuenciación localizada de Sanger o los *microarray*—; es de la disponibilidad y utilización de todas ellas que se genera el panorama clínico más informativo a la situación del paciente).

El volumen de información generado por estas metodologías permite ampliar el universo de estudio en el genoma de los pacientes con EPoFs, y por lo tanto acortar tiempos en este camino que representa para el paciente y su familia la obtención de un diagnóstico, tendiendo a evitar de esta manera las denominadas “odiseas diagnósticas” que llegan a prolongarse en nuestro país por más de 5 años, y a veces incluso mucho más.

Retomando el estudio de la ley 26.689: en su sección j), el mismo artículo promueve “el desarrollo y fortalecimiento de centros de asesoramiento, atención e investigación en enfermedades de origen genético que incluyan servicios de diagnóstico para los estudios complementarios pertinentes”. Hasta el momento, las iniciativas en el campo han sido llevadas adelante por entidades privadas y algunos hospitales y universidades públicas en el contexto de programas de subsidios gubernamentales, principalmente ligados al ex Ministerio de Ciencia y Tecnología (MINCYT). Por lo tanto, una implementación a nivel nacional de un servicio de diagnóstico de EPoF contaría con sólidas bases académico-científicas y aguardaría una deliberada voluntad política de ejecución y puesta en campo.

Respecto de esto último, la ley también promueve “contribuir a la capacitación continua

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado; profesor titular de Práctica en Resolución de Problemas (UCES); profesor adjunto de Análisis Económico del Derecho (UCES); jefe de trabajos prácticos de Contratos Civiles y Comerciales, docente de Derechos del Consumidor y Derechos de Daños (cátedra Celia Weingarten, UBA Derecho).

(**) Profesor adjunto del Departamento de Química Biológica de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires; investigador principal del Iquibicen - Conicet; asesor científico y fundador de Bitgenia (www.bitgenia.com).

(***) Bioquímico; estudiante de doctorado de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales (UBA); docente

de Biofísica en Instituto Universitario CEMIC.

(1) “El derecho no se puede estudiar como una ciencia que se encuentra apartada de las demás, como si fueran compartimentos estancos. Al contrario, planteaba un enfoque multidisciplinario, donde teníamos que abreviar en la economía, la psicología, la sociología, la lingüística, la filosofía y hasta la antropología” (WALDO, Sobrino,

“¿Existe el contrato de consumo?”, RCCyC 2019 (agosto), 143).

(2) MENDEL, G., “Experimentos sobre hibridación de plantas”, Asociación de Historia Natural de Brno, Brno (República Checa), 1865.

de profesionales de la salud y otros agentes sociales, en todo lo referido al cuidado integral de la salud y mejoría de la calidad de vida de las personas con EPoFs, en el marco de la estrategia de atención primaria de la salud” (inc. n). Una verdadera puesta en marcha de este tipo de programas implicaría ineludiblemente la promoción de actividades, cursos y otras capacitaciones, orientadas a una efectiva capacitación de médicos, bioquímicos, biólogos, informáticos y todas las demás profesiones y agentes de la salud en la materia.

Es necesario tener en cuenta que actualmente existen pocos espacios académicos que ofrezcan este tipo de acercamiento —interdisciplinario— necesario para el desarrollo y la implementación de este tipo de tecnologías. Esta falta de transdisciplinariedad tiende a consolidar la brecha entre los profesionales que realizan la atención directa del paciente (médicos) y quienes se encuentran por detrás realizando los estudios (laboratorios), sin mencionar a los otros agentes de la salud y profesionales afines.

Por esta razón no nos extraña que existan diferencias en cuanto a la edad de los médicos que efectivamente indican la realización de este tipo de estudio (mayor demanda entre los más jóvenes) o, como indican encuestas del Instituto Nacional del Cáncer (INC) de 2018 a médicos y laboratorios, que existan diferencias significativas en torno al análisis de los resultados obtenidos, particularmente debidas a la incapacidad o incompreensión de las herramientas disponibles (3). En este contexto es donde el Estado debería tomar acciones directas para el cumplimiento de los derechos de los pacientes (quienes muchas veces se ven privados de estas prácticas diagnósticas) y, asimismo, cumplir las acciones indicadas por la ley y la manda constitucional.

Un último punto corresponde al art. 6º de la ley, que establece que “las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPoFs, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación”.

La ley de EPoFs nos da un marco que garantiza dar disponibilidad de ejecución a estos análisis y a su cobertura. No obstante lo cual, el desconocimiento de estos o de sus beneficios por parte de muchos profesionales de la salud, sumado a la negativa de muchas entidades de prestación de servicios de salud de cubrirlos por no encontrarse dentro del plan médico obligatorio (ni estar normados por el Ministerio de Salud), restringe su oferta a los pacientes que puedan pagarlos por privado y/o consigan, muchas veces mediante instancias judiciales, que los prestadores de salud cubran el costo.

V. Proyecciones económico-financieras

En el contexto de las tecnologías genómicas, ya sea para diagnóstico de EPoFs u otras áreas, existe un intenso debate sobre si su utilización para diagnóstico conlleva un costo superior al de otras alternativas, o incluso si su costo como método de pesquisa resulta, en última instancia, en un ahorro al sistema de salud, ya sea a nivel del paciente individual o a nivel poblacional.

Actualmente, en la Argentina estos estudios poseen un costo que oscila entre los 300 y los 1500 USD. Muchas prestadoras de servicios de salud argumentan una pérdida de rentabilidad que las ha llevado a levantar barreras frente a los requerimientos particulares de pacientes y médicos. En contracara se encuentra la experiencia personal de un número creciente de paciente y sus familiares, que solicitan (o demandan) este tipo de estudios.

Los pacientes y sus familias padecen, además de las enfermedades, las ya nombradas *odiseas diagnósticas*: procesos que según experiencias documentadas pueden prolongarse más allá de los 5 años de duración y forzar la visita a más de 10 profesionales médicos en ese tiempo, además de una abundante batería de estudios poco concluyentes que generan expectativas en los afectados por estas enfermedades.

Estos costos emparejan (o hasta quizá superan) claramente el de un único estudio genómico, además de responder al problema temporal de la odisea diagnóstica. Las familias se encuentran a merced del sufrimiento que genera la falta de un diagnóstico certero de la patología que aqueja a su ser querido, y esto afecta particularmente su cotidianeidad y calidad de vida. Esto nos lleva a otras cuestiones, como por ejemplo preguntarnos si es un derecho para estos pacientes conocer su genoma y las causas subyacentes a la enfermedad que los aqueja, y más lejos aún, ¿es un derecho personalísimo de las personas conocer la información codificada en su contenido genómico?

En su obra “Historia clínica”, los doctores Carlos Gherzi, Celia Weingarten, Graciela Lovece y Sebastián Gherzi, postulan: “la ley (26.529) hacen una clasificación de los derechos de los pacientes como ‘esenciales’ en realidad se trata de ‘derechos personalísimos’ relacionados con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana (...). Establece la obligatoriedad de asistencia a las personas en calidad de pacientes es decir cuando existe el requerimiento al profesional” (4).

En este contexto, es importante destacar que asistir al paciente con EPoFs implica necesariamente responder la pregunta: ¿qué enfermedad tiene el paciente?, es decir, diagnosticar este tipo de patologías es imperativo, pues como comentamos anteriormente, el paciente simplemente no sabe “qué” le ocurre, pero “sabe” que algo está mal con su salud. De esta forma, la incertidumbre es casi tan dañosa como la patología y es aquí donde la genómica hace su mayor aporte: permite, en muchos casos otorgar un diagnóstico preciso, es decir, determinar la causa última de la patología y, en el mejor de los casos, ese diagnóstico nos podría conducir a un tratamiento.

¿Cuáles son los aspectos financieros de implementación de estas tecnologías en un esquema general a escala nacional? Hoy en la Argentina existen varias instituciones que han adquirido equipos de secuenciación de nueva generación y han iniciado actividades empleándolos en el marco de sus actividades asistenciales y de investigación. No obstante lo cual, más allá de la fuerte inversión inicial realizada, hoy la financiación de los estudios individuales (compra de kits y reactivos) queda muy por encima de los presupuestos operativos de instituciones públicas de salud, resultando de esta manera una capacidad ociosa brutal en el sector, con equipos que se ven altamente perjudicados por los tiempos prolongados sin uso. A esto se suma el enorme costo de sus servicios técnicos.

En este marco resulta clave determinar una dirección adecuada que permita una optimización en la utilización de recursos públicos, tendiendo a priorizar un mayor volumen de experimentos de secuenciación (lo que incluso reduciría su costo individual) por encima de la compra de nuevos equipos. Y paralelamente, promover una eficiente red que coordine la actividad de las instituciones que proveen servicios de secuenciación orientado a brindar a nivel nacional las respuestas que pacientes y familias requirieran.

En el plano nacional también es importante considerar el potencial, en términos de costo relativo para el sistema de salud, de la implementación de una pesquisa neonatal general de EPoFs (o incluso quizá también otras patologías). Muchas EPoFs resultan durante la niñez en diferentes manifestaciones sintomatológicas de distinta gravedad, que pueden derivar en una simple consulta con el pediatra, la realización de un creciente número de estudios complementarios o hasta posibles internaciones en casos severos. En este esquema, una pesquisa neonatal general (actualmente con un análisis genómico basado en paneles se pueden diagnosticar entre 500 y 1000 EPoFs en un solo estudio) permitiría determinar pacientes en riesgo de desarrollo de EPoFs, e incluso diagnosticar a muchos de ellos, focalizando los esfuerzos en terapias preventivas desde la etapa más temprana posible, evitando estudios innecesarios y sorpresas que lleven a intervenciones costosas. Estudios preliminares retrospectivos en este sentido, realizados en diversos países, sugieren que un esquema de este tipo tendría un enorme potencial de reducción de costos para el sistema de salud en general.

VI. El impacto de la genómica en la historia clínica y consentimiento informado

La ley nacional 26.529 de los “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” fue sancionada en el año 2009 y promulgada de hecho en el mismo año. Versa sobre tópicos fundamentales, como la historia clínica (HC) y el consentimiento informado (CI); con el avance de la ciencia médica estos métodos de diagnóstico se van adaptando al espíritu de la norma y de alguna forma redimensionando y revolucionando el derecho de los pacientes.

En lo referido a la HC, el proceder del profesional médico al indicar el estudio genómico no debería diferir de la indicación de realización de cualquier otro estudio clínico. Ella debería verse asentada en el documento de la HC, dentro del respectivo legajo médico del paciente, indicando fecha y motivo de la solicitud. Una vez recibido el reporte de resultados —que debería idealmente poseer un formato estandarizado—, el proceder debería ser análogo al de otros estudios, pero no puede dejarse pasar algunas de sus particularidades y naturaleza.

En primer lugar, y en el contexto de las EPoFs, resulta obvio que el potencial resultado de estos estudios es de una sensibilidad crítica para el paciente y sus familias, pudiendo constituir un diagnóstico definitivo de su cuadro. Podemos afirmar que el paciente, aquejado por una patología de carácter crónico y en muchos casos condicionante de su estilo de vida, ve en esta información una definición de sí mismo y constituye por lo tanto una porción importante de su más íntimo paradigma personal. Por lo tanto, la guarda de dicha información, de valor crítico, deberá ser velada por el profesional y/u otro agente de la salud de la institución pública o privada según correspondiere, considerando los ma-

yores recaudos y con responsabilidad sobre su confidencialidad.

En segundo lugar, un punto a considerar es la ya mencionada gran “cantidad de información” que deriva de la realización de estos estudios. La ciencia ha visto crecer exponencialmente la cantidad de información biológica asociada al contenido genético de los individuos, desde la determinación de rasgos fenotípicos como el color de ojos hasta la predisposición al desarrollo de patologías neurodegenerativas como el Parkinson. Por eso, y de la misma manera que con el punto anterior, esta información de gran sensibilidad debe cumplirse con estrictos protocolos de confidencialidad que aseguren la preservación de la información del paciente. Esto nos lleva ineludiblemente a cuestiones referidas al consentimiento informado.

Como desarrollara la Dra. Weingarten en trabajos previos, “el llamado ‘Consentimiento’ no resulta del ensamble de dos actos voluntarios, ya que el paciente se encuentra genética y funcionalmente en una situación de desigualdad psicológica, cultural y científica, lo cual afecta los elementos del acto voluntario: el discernimiento, la intención y la libertad”. Resulta claro que una situación como la que representa la firma de un CI por un paciente, o su representante legal, marca una profunda asimetría que dejará siempre a estos a merced del proceder médico.

Debido a las implicancias científico-tecnológicas que acarrea la realización del estudio, difícilmente el paciente pueda tomar total dimensión del procedimiento que se procede a realizar en relación con su información biológica (que, como ya planteamos, constituye una parte íntima de su patrimonio personal). No debemos olvidar el doloroso proceso por el cual suelen atravesar estas familias en búsqueda de un diagnóstico para su ser querido, que despiertan una ansiosa expectativa ante la indicación de estos estudios. Esto nos lleva a considerar que este supuesto contrato o relación médico-paciente de CI se estructure más bien como un contrato de adhesión científica donde existe un asentimiento, en lugar de un consentimiento.

En este sentido, la Dra. Celia Weingarten ha dicho: “La medicina, como cualquier otra ciencia, emplea metodología de acceso al conocimiento que constituyen su contenido, sobre el cual los científicos polemizan y tratan de avanzar en la búsqueda de nuevo horizontes en pos de un desarrollo superador. Esto significa que esos contenidos científicos albergan, en su dialéctica dos cuestiones importantes: caminos alternativos y avances progresivos (...).

”Dentro de esta situación objetivo-científica, el profesional goza de una amplia libertad —como consecuencia de su independencia intelectual— que le permite, sobre la base de un saber actualizado, optar por distintos caminos alternativos, científicamente posibles para actuar sobre determinada patología”.

Es decir, el médico tiene este derecho que podríamos calificar de “discrecionalidad científica”, en el cual el juez no puede inmiscuirse, ya que la medicina supone caminos alternativos que quedan afuera del debate y control judicial por su incumbencia médica, debiendo el juez respetar el método o la estrategia, cuando están científicamente aceptados.

La genómica tiene amplia aceptación en la comunidad científica y un exponencial crecimiento en relación con su aplicación en la práctica médica (la clínica) y, sin embargo, a veces no es utilizada en la práctica por la poca adecuación a los nuevos métodos diagnósticos de nuestro sistema de salud (5).

Al margen de esto, no debemos olvidar, en relación con un tipo de información tan

{ NOTAS }

(3) INSTITUTO NACIONAL DEL CÁNCER, “Consenso sobre Informes de Estudios Moleculares en Cáncer Hereditario. Material suplementario”, recuperado de <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001144cnt-20180409-material-suplementario.pdf> (23/11/2019).

(4) GHERZI, Carlos A., “Historia clínica”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2017, 2ª ed., p. 11.

(5) *Ibid.*, ps. 21 y ss.

sensible como preciada por grandes corporaciones, su estatus. Para lo que concierne a individuos con EPOFs atendidos en el marco asistencial para recibir diagnóstico, así como aquellos ya diagnosticados, que decidan incorporarse libremente en protocolos de investigación, esto deberá estar cuidadosamente informado en el CI. El paciente perfectamente puede querer preservar su identidad, así como también declarar no estar dispuesto a que su información genética adquiera estado público.

En consecuencia, deberían ponerse en marcha protocolos de anonimización de la información o directamente la abstención de la carga de dicha secuencia a las bases públicas de datos biológicos (en consonancia con la Ley de Derechos del Paciente y varios proyectos parlamentarios actuales). Si bien las tendencias futuras en lo respectivo al trato de esta información podrían verse modificadas, al día de hoy estas constituyen variables contempladas por la ley que deben verse abarcadas.

VII. La genómica prenatal y el Anteproyecto de Ley de Embriones

Finalmente, mencionaremos la relación de la genómica con otro tema de intenso debate actual en la sociedad, como lo es sus aplicaciones en análisis prenatales y en embriones para su utilización en protocolos de fertilización *in vitro*.

Actualmente, existen protocolos avanzados de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) estableciendo las buenas prácticas de *screening* y diagnóstico genético preimplantatorio en

embriones(6). Aunque hoy las principales aplicaciones de la genómica en este campo se orientan al estudio y la determinación o de los desbalances cromosómicos estructurales (principal causa de pérdida de embarazos en el primer trimestre y responsables del 50% de los abortos espontáneos)(7), los esfuerzos apuntan a poder realizar un *screening* completo de potenciales variantes patogénicas en el embrión *in vitro*, con el objetivo de poder realizar luego la implantación asistida de solo aquellos embriones que no presentan potenciales chances de desarrollar enfermedades genéticas hereditarias (principal, pero no exclusivamente EPOFs). Estos estudios se complementan con los avances de los estudios de “DNA fetal libre” en la sangre de la embarazada, que permiten realizar estudios genéticos prenatales (p. ej., detectar trisomías), de la manera menos invasiva posible(8).

En otras palabras, actualmente la tecnología genómica nos otorga (en principio) la posibilidad de poder saber desde antes siquiera de la implantación, y luego desde etapas tempranas del embarazo, si uno de nuestros hijos cuenta con variantes potencialmente patogénicas o alteraciones cromosómicas que pudieran ocasionarle una grave enfermedad. Recordemos que en nuestro país la ley 26.862 de “Reproducción Medicamente Asistida” respalda a aquellas personas que desean ser padres y no logran procrear por medios naturales. Establece como objetivo (art. 1º) “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. En su art. 2º, la ley enuncia 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”. Esto abre el campo a la discusión sobre si sus beneficiarios son plausibles de apelar simultáneamente a la realización de estos estudios.

La UNESCO estipula en el art. 12 de su Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos que “toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos”. Entonces, más allá de que la presente ley estipule con gran precisión su fin último, ¿no poseen estas personas derecho a recibir los beneficios de la genómica, además de las bondades de las técnicas de reproducción asistida? No obstante lo cual, es menester aclarar que este tipo de prácticas debe contar con una supervisión intensa de los diversos comités bioéticos que velen por un proceder adecuado sobre lo que podríamos considerar una “selección genética” de los embriones elegidos para implantarse.

Recientemente se publicó en Boletín de Asuntos Entrados del Honorable Congreso de la Nación 1541-D-2019 el Proyecto de Ley de Embriones no Implantados donde, entre otras cuestiones enunciativas y regulatorias, específica en su art. 30 la finalidad de la realización de diagnóstico genético preimplantatorio en embriones: “Los centros de salud especializados debidamente autorizados, pueden practicar técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio para: a) la detección de condiciones hereditarias cuando existe un riesgo concreto de que el embrión pueda tener una anomalía genética, cromosómica o mitocondrial, que provoca que una persona

con esa patología pueda desarrollar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales; b) la detección de otras alteraciones como errores cromosómicos que puedan comprometer la viabilidad del embrión para mejorar los resultados reproductivos; c) la selección de sexo del embrión, sólo cuando existe alto riesgo de que el embrión pueda tener una anomalía genética, mitocondrial o cromosómica ligada o restringida al sexo”. Esta ley avalaría eventualmente la realización de ensayos genómicos sobre ellos, una alternativa que se encuentra repleta de posibilidades dadas todas las bondades diagnósticas que se desprenden de la aplicación de la genómica. Y en lo concerniente a los alcances de la ley 26.862 sobre si debería incluir a estos estudios, el Proyecto de Ley menciona en sus Fundamentos un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afirmó la “existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios y progreso de la ciencia”.

En resumen, los avances en materia legal y regulatoria parecen indicar que la dirección es una sola, la de una atención integral de aquellos que buscan formar una familia, derecho incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, dándoles la oportunidad de prever hasta cierto grado la posibilidad de que su hijo por nacer no se vea afectado por patologías genéticas graves que le acarreen fuerte impacto en su calidad de vida, asociado a su vez al derecho a la salud enunciado por OMS.

Cita online: AR/DOC/735/2020

{ NOTAS }

(6) THORNHILL, A. R. – DEDIE-SMULDERS, C. E. – GERAEDT'S, J. P. – HARPER, J. C. – HARTON, G. L. – LAVERY, S. A. – MOUTOU, C. – ROBINSON, M. D. – SCHMUTZLER, A. G. – SCRIVEN, P. N. – SERMON, K. D. – WILTON, L. – ESHRE PGD CONSORTIUM, “Best practice guidelines for clinical preimplantation genetic

diagnosis (PGD) and preimplantation genetic screening (PGS)”, *Human Reproduction*, vol. 20, issue 1, 2005, ps. 35-48, <https://doi.org/10.1093/humrep/deh579>.

(7) HSIN-FU, Chen – SHEE-UAN, Chen – GWO-CHIN, Ma – SUNG-TSANG, Hsieh – HORNG-DER, Tsai – YU-SHIH, Yang – MING, Chen, “Preimplantation ge-

netic diagnosis and screening: Current status and future challenges”, *Journal of the Formosan Medical Association*, vol. 117, issue 2, 2018, ps. 94-100, <https://doi.org/10.1016/j.jfma.2017.08.006>. (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S092966461730579X>).

(8) RECHITSKY, Svetlana *et al.*, “Single Molecule

Sequencing. A New Approach for Preimplantation Testing and Noninvasive Prenatal Diagnosis Confirmation of Fetal Genotype”, *The Journal of Molecular Diagnostics*, vol. 0, Issue 0 [https://jmd.amjpathol.org/article/S1525-1578\[19\]30408-8/abstract](https://jmd.amjpathol.org/article/S1525-1578[19]30408-8/abstract).

El diagnóstico genético preimplantacional

● VIENE DE TAPA

En este contexto nos interesa detenernos en las enfermedades genéticas hereditarias, es decir, aquellas afecciones transmitidas a la descendencia a través de los genes aportados por uno o ambos progenitores.

A los efectos de una mayor comprensión, corresponde decir que el cuerpo humano está compuesto por millones de células, y en el nú-

cleo de cada una de ellas se encuentran los cromosomas, que es el lugar en donde se almacena la información genética que se transmite de generación en generación.

Entonces, el núcleo de cada célula normal cuenta con 46 cromosomas, que se encuentran organizados en 23 pares de cromosomas, lo que implica que la información genética está almacenada por duplicado, donde un ejemplar o *alelo* es aportado por el progenitor y el otro, por la progenitora.

De este modo, las enfermedades genéticas hereditarias se producen cuando ocurre alguna mutación en uno o en ambos alelos aportados por los progenitores.

En esa línea, podemos señalar que existen tres tipos de herencia:

— *Recesiva*: donde se necesita recibir ambos alelos mutados (uno de cada progenitor) para expresar la enfermedad [p. ej., fibrosis quística(3)].

— *Dominante*: donde con un solo alelo mutado (materno o paterno) ya se puede expresar la enfermedad [p. ej., mal de Huntington(4)].

— *Ligada al X* (sexo): donde se recibe un cromosoma X mutado. En este caso, en general, los varones son afectados y las mujeres solo son portadoras [p. ej., distrofia muscular de Duchenne(5)].

Las enfermedades de base genética hereditaria se caracterizan por comprometer la calidad de vida de las personas, causando una grave discapacidad intelectual o física. Asimismo, es frecuente que tengan un carác-

ter progresivo y condicionen una mortalidad precoz(6).

Pero, además, la incidencia de transmisión a la descendencia es sumamente elevada. A modo de ejemplo, dos portadores sanos de fibrosis quística (situación más común de la que se cree) tienen una posibilidad del 25% en cada embarazo de tener un hijo afectado por la enfermedad(7).

Es importante destacar que, a pesar del impresionante avance de la ciencia en materia de ingeniería genética(8), principalmente en orden a las terapias génicas(9) y en lo que hace a la novedosa técnica CRISPR/Cas9(10), lo cierto es que las numerosas dificultades técnicas y éticas relativas a su aplicación en seres humanos hacen que no resulten, por el momento, una alternativa certera en orden

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogada (UBA). Magíster en Derecho (UP, tesis sobresaliente). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Profesora adjunta de Derecho de Daños (UAI) y Derecho de las Sucesiones (UP).

(1) Véase <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/congenital-anomalies>, consultada el 12/04/2020.

(2) Conforme a la explicación brindada por la Dra. Florencia Petracchi, especialista en genética, en la entrevista llevada a cabo el 24/04/2019 en el CEMIC de Saavedra.

(3) Enfermedad provocada por la mutación en el gen codificante que regula la bomba de cloro, lo que genera acu-

mulación de moco espeso y pegajoso en los pulmones, el tubo digestivo y otras áreas del cuerpo.

(4) Enfermedad degenerativa y progresiva causada por un defecto genético en el cromosoma 4, que ocasiona el desgaste progresivo de las neuronas del cerebro.

(5) Enfermedad que produce una deficiencia muscular progresiva y rápida que conduce a la discapacidad física y a una muerte prematura, ello debido a complicaciones respiratorias y cardíacas.

(6) GONZÁLEZ-LAMUNO, D. - GARCÍA FUENTES, M., “Enfermedades de base genética”, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272008000400008, consultada el 29/05/2020.

(7) Se trata de una probabilidad muy alta en el ámbito de la genética médica.

(8) Entendida como el conjunto de técnicas de laboratorio que estudian la posibilidad de manipular directamente el material genético y combinar secuencias de ADN procedentes de distintos organismos, creando moléculas híbridas de ADN que se denominan “ADN recombinante” (conf. FEITO GRANDE, L., “El sueño de lo posible. Bioética y terapia génica”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999, p. 52).

(9) Se entiende por terapia génica al conjunto de técnicas que utilizan la transferencia de material genético (o cualquier otro método que permita editar o modifi-

car la información genética del paciente) para curar enfermedades genéticas. Va directamente a la raíz del problema mediante la transferencia de la versión correcta de un gen defectuoso, que es el que está causando la enfermedad (conf. <http://www.fundacionmencia.org/es/enfermedades-geneticas/terapia-genica/>, consultada 03/04/2020).

(10) Se trata de una técnica de edición genética, con innumerable cantidad de aplicaciones, que funciona como una especie de “tijera molecular” que modifica el ADN en puntos precisos (conf. <https://www.investigacionyciencia.es/noticias/las-5-preguntas-ms-importantes-sobre-crispr-cas9-17711>, consultada el 08/04/2020).

a la curación de las enfermedades genéticas hereditarias —aunque se está trabajando en algunas de ellas—; de ahí la importancia de su prevención como única vía para evitar la propagación de este tipo de enfermedades.

III. El diagnóstico genético preimplantatorio

Según la definición dispuesta en el glosario de terminología de la OMS, se entiende por “diagnóstico preimplantatorio” al análisis de cuerpos polares, blastómeras o trofoectodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales y/o cromosómicas (11).

Se trata de una práctica que se realiza a partir de una técnica de alta complejidad, denominada fecundación *in vitro* (en adelante, FIV), donde, luego de la obtención de óvulos y espermatozoides, se procede a la formación de embriones *in vitro*, para luego realizarles una biopsia embrionaria y así detectar si poseen alteraciones. De ese modo, se transfieren al útero de la persona únicamente los embriones sanos, evitando así la transmisión de una determinada patología (12).

Si bien existen varias modalidades de DGP (13), a los efectos de detectar enfermedades genéticas hereditarias se utiliza el llamado PGT-M (14) (antes llamado PGD), que consiste en el análisis genético de los embriones de aquellas parejas en las que uno o ambos integrantes son enfermos o portadores de una enfermedad monogénica —como las mencionadas precedentemente—, con el objetivo de transferir el embrión libre de esa patología y tener un bebé sano.

IV. Derecho a la salud

A partir de la posibilidad cierta de transmitir una enfermedad genética hereditaria, se impone el deber de prevenir la afectación de la salud de los descendientes, que, de otro modo, podrán encontrarse gravemente afectados a lo largo de toda su existencia, ello por cuanto la salud constituye un derecho humano fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19 de la Constitución Nacional; en adelante, CN).

Con la reforma constitucional de 1994, se incorporó expresamente el derecho a la salud no solo en el ámbito de las relaciones de consumo a través del art. 42 de la CN (15), sino en el art. 75, inc. 22, al establecer que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las

leyes (16), y en muchos de ellos se reconoce este derecho humano a la salud (17).

Por otra parte, la Constitución de la OMS define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de enfermedad. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano (18).

Asimismo, no puede dejar de mencionarse que la Observación General 14 (OG 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2000, al interpretar el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referido al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, parte de la base de considerar a la salud como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos (19).

Siguiendo ese razonamiento, en diversas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado que el derecho a la salud —en especial cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (20).

En esa inteligencia, considerando la importancia que tiene la salud para el desarrollo de la vida de los seres humanos y que el PGT-M constituye, por el momento, la única herramienta eficaz en orden a evitar ocasionar un daño en la salud, resulta indiscutible el protagonismo que adquiere la prevención en la temática aquí abordada.

V. Prevención del daño

Durante muchos años se puso el acento en la existencia del daño como único protagonista de la responsabilidad civil, esto es, en la reparación plena o integral (21) de un perjuicio en provecho de la persona lesionada, sin direccionar la mirada a la fase anterior a su producción. Con posterioridad, y a medida que los riesgos en la sociedad fueron aumentando, se fue advirtiendo la importancia de la prevención en materia de daños.

En la actualidad, los estudios sobre el derecho de daños atienden nuevos fenómenos y preocupaciones. La regulación específica de

los derechos inherentes a la persona, como la dignidad, la identidad, la vida, la salud, la consagración de los bienes de incidencia colectiva con carácter fundamental (como, p. ej., la protección del ambiente) y el amparo diferenciado de determinados grupos de individuos, como los consumidores y usuarios, dieron paso a una nueva concepción de la responsabilidad civil, donde la prevención de los daños es ya una función central (22).

De este modo, conscientes del rol protectorio que debe cumplir el derecho, el Código Civil y Comercial de la Nación dedicó una sección específica (23) a la función preventiva de la responsabilidad civil e incorporó expresamente a la prevención del daño como una de sus funciones [art. 1708 (24)].

En lo que hace al tema de este artículo, es importante recordar que una de las principales conquistas de los últimos tiempos ha sido la valoración de la vida y la salud humana. En particular, desde hace algunos años, se inició un proceso de constitucionalización del derecho civil (25), que conduce a repensar sus instituciones con una mirada más humanitaria.

En el contexto actual, donde el desarrollo de la ciencia se encuentra en permanente progreso, la prevención de los daños ocupa un rol protagónico porque, justamente, de lo que se trata es de maximizar la utilización de los avances científicos para prevenir la transmisión de enfermedades genéticas hereditarias.

En consonancia con ello, la mayoría de los instrumentos internacionales que han sido dictados en torno al progreso de las investigaciones en materia de ingeniería genética enuncian como pilares fundamentales no solo la protección de la dignidad de la persona humana, sino también el desarrollo de las investigaciones en pos de la prevención y el tratamiento de diversas enfermedades (26).

En este orden de ideas, es importante destacar que, tradicionalmente, los objetivos de la medicina eran identificados con la cura de enfermedades o, en su caso, con tratamientos para la prolongación de la vida. Sin embargo, con el paso del tiempo y la evolución de la sociedad, en armonía con el desarrollo de conceptos tales como calidad de vida y dignidad, esta idea tendiente a la prolongación de la vida y de aferrarse a ella en cualquier circunstancia y a cualquier costo fue sustituida por técnicas paliativas del dolor.

En el presente, donde los valores sociales han ido evolucionando y tiene fundamental importancia el goce de una buena salud como elemento fundamental para concretar un proyecto de vida, los procesos y avances científicos se direccionan no solo en la tradicional búsqueda de la cura de ciertas enfermedades graves, sino en su prevención, trascendiendo los canales habituales de la medicina.

Es que la dificultad para encontrar la cura definitiva de muchas enfermedades hace que el desarrollo científico se perfile hacia la búsqueda de nuevas técnicas de prevención de esas enfermedades que, de otro modo, condicionarían enormemente la calidad de vida de una persona. Ese fue el objetivo logrado con el descubrimiento de la técnica del PGT-M.

Frente a este panorama, si una persona que desea procrear resulta portadora o padece una enfermedad genética hereditaria, y existen grandes probabilidades de transmitirla a su descendencia, la técnica referida resulta esencial para evitar afectar el derecho humano a la salud de su futuro hijo.

De este modo, se advierte que, si bien la evolución de la ciencia constituye un eslabón fundamental para cumplir la finalidad de la prevención, también reviste esencial importancia que el Estado asuma un rol activo en esta materia y coloque al alcance de toda la sociedad los métodos científicos más modernos y desarrollados.

VI. Situación de la cobertura del DGP en la Argentina

Desde la temática aquí abordada, la sanción de la ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA (27), junto al dec. regl. 956/2013 y las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación —en su calidad de autoridad de aplicación (28)—, resultan fundamentales, porque la técnica del DGP, en cualquiera de sus modalidades, no tiene razón de ser sin la posibilidad de acceder a las TRHA, más precisamente a la FIV.

El acceso es integral, porque se reconoce la cobertura de las prácticas a toda persona mayor de edad, sin importar su orientación sexual ni su estado civil, y sin requerir ningún tipo de diagnóstico de enfermedad ni certificación médica previa (29).

De este modo, y si bien la discusión que se había generado en torno a la cobertura de la can-

{ NOTAS }

(11) Véase https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1, consultada el 10/04/2020.

(12) HERRERA, M. - LAMM, E., “Técnicas de reproducción humana asistida”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, 2015, 1ª ed., ps. 347-546, citado en HERRERA, M., “Razonabilidad, proporcionalidad y límites en el derecho de acceso a formar una familia en las técnicas de reproducción humana asistida”, *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, año III, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2017, p. 453.

(13) P. ej., el PGT-A, que permite estudiar todos los cromosomas presentes en el embrión, permitiendo identificar si este posee un número correcto de cromosomas o si existen anomalías cromosómicas.

(14) Por sus siglas en inglés: *preimplantation genetic testing for monogenic disorders*.

(15) Art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud...”.

(16) Con anterioridad a la reforma referida, el derecho a la salud no se encontraba expresamente contemplado, aunque la doctrina y la jurisprudencia lo entendían encuadrado como implícito en el art. 33 de la CN.

(17) La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el art. 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su art. 12.1 el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental; la Convención Americana sobre Derechos Hu-

manos (CADH) expresa en su art. 5º, inc. 1º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, mientras que el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en el art. 10 que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial lo regula en el art. 5º, apart. e.iv); así como el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 11, inc. 1º, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; entre otros.

(18) Véase https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, consultada el 12/04/2020.

(19) Véase https://www.refworld.org/es/publisher/CESC/R_GENERAL_47ebcc492_0.html, consultada el 12/04/2020.

(20) CS, 01/06/2000, “Asociación Benghalensis c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo”, AR/JUR/930/2000; 18/12/2003, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo”, AR/JUR/5234/2003; 24/05/2005, “Orlando, Susana B. c. Provincia de Buenos Aires s/ amparo” (328:1708); 16/05/2006, “Reynoso, Nilda N. c. INSSJP s/ amparo”, AR/JUR/1217/2006; 11/07/2006, “Florescing, Andrea C. y otro c. Estado Nacional s/ amparo”, AR/JUR/3699/2006; 30/10/2007, “María, Flavia J. c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ amparo”, AR/JUR/6677/2007; 01/04/2008, “Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música

s/ amparo”, AR/JUR/914/2008; entre otros.

(21) Sobre este aspecto, algunos doctrinarios como Rivera y Alterini criticaron la expresión “reparación integral”, sosteniendo que sería más preciso hablar de “reparación plena”, debido a que en materia de responsabilidad civil no se resarcen todos los daños causados, sino solo aquellos que se encuentran en relación de causalidad adecuada con el hecho generador, por lo que entienden más adecuada la terminología “plena” que “integral”, ya que esta última implica una desaparición total del daño, circunstancia que representa una ficción jurídica.

(22) WIERZBA, S. M., “El derecho de daños y sus límites”, LA LEY, 2016-A, 406.

(23) Tít. V: “Otras fuentes de las obligaciones”, cap. 1, secc. 2ª, arts. 1710/1713.

(24) Art. 1708: “Funciones de la responsabilidad civil. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

(25) Respecto al proceso de constitucionalización del derecho civil, ver CARAMELO, G., “Haciendo foco (El Código Civil y Comercial como una mejor herramienta para la regulación de los derechos civiles de las personas)”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, nro. 15, año IX, 2015.

(26) En efecto, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, dictada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en 1997, en su art. 12, inc. b), dispone: “Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética

y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad”; mientras que en el art. 17 expresa: “Los Estados (...) Deberían fomentar, entre otras cosas, las investigaciones encaminadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades genéticas o aquellas en las que interviene la genética, sobre todo las enfermedades raras y las enfermedades endémicas que afectan a una parte considerable de la población mundial”. Paralelamente, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o “Convenio de Oviedo”, en su art. 14 establece: “No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”.

(27) Sancionada el 05/06/2013 y promulgada el 25/06/2013, AR/LEGI/7HNV.

(28) Conf. art. 3º de la ley 26.862.

(29) Ello sin perjuicio de que aún continúan siendo frecuentes los reclamos judiciales de los usuarios en virtud de la negativa de cobertura de las empresas de salud relativa a varias cuestiones, entre ellas, discriminaciones asociadas al tipo de familia; donación de gametos; criopreservación de embriones; medicación, etc. [conf. BLADILLO, A. - DE LA TORRE, N. - STRAW, C., “Acceso integral y acceso a la justicia: contradicciones y tensiones”, en HERRERA, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2018, ps. 367-368].

tividad de tratamientos de alta complejidad fue zanjada por la Corte Suprema en el precedente dictado por mayoría (30) el 14/08/2018 (31), donde el Máximo Tribunal adoptó una posición amplia, al considerar que los interesados tienen derecho a acceder a tres tratamientos “anuales” de alta complejidad, lo cierto es que la cobertura del DGP, en todas sus modalidades, no siguió la misma suerte.

El principal problema es que la práctica referida no se encuentra expresamente incluida en la legislación mencionada, lo que dio lugar a un derrotero judicial en torno a su cobertura, generando soluciones diversas (32), hasta que finalmente la cuestión llegó a la Corte.

Se trata de un precedente donde una pareja solicitaba, entre otras cosas, la cobertura integral del DGP fundado en que padecían una enfermedad genética en el 80% de los espermatozoides, por la cual los embriones que obtenían no resultaban viables para conseguir un embarazo. La pareja ya había atravesado cinco intentos infructuosos de fertilización, de los cuales el último culminó con un aborto bioquímico. En razón de ello, los profesionales genetistas les indicaron la técnica del DGP, a fin de seleccionar y transferir únicamente los embriones que fueran viables (33).

El Máximo Tribunal (34) se apartó del dictamen de la fiscal, quien se había pronunciado en favor de la cobertura y confirmó la sentencia apelada (35). De este modo, rechazó la acción utilizando el método de interpretación literal de la ley 26.862, al expresar que el DGP no se encuentra incluido expresamente en la ley referida.

En tal sentido, dijo: “Es inadmisibles que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación de otras prácticas médicas que sean producto de los avances tecnológicos —en el caso, el diagnóstico genético preimplantacional— al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, pues esa facultad fue puesta en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación (...). El derecho a la salud reproductiva (...) no es absoluto sino que debe ser ejercido conforme a las reglas que reglamenten su ejercicio, en el caso, la ley 26.862 y el dec. 956/2013” (36).

Esta solución fue repetida en fallos posteriores, donde inclusive se solicitaba la cobertura de la técnica a fin de evitar la transmisión de una enfermedad genética hereditaria. Es el caso de una acción de amparo intentada por una persona que padecía la mutación del gen que genera la distrofia muscular de Duchenne, que, tal como se mencionó con anterioridad, se trata de una gravísima enfermedad con un alto riesgo de ser transmitida a la descendencia.

El tribunal, con cita del precedente emitido por la Corte Suprema, rechazó la cobertura por entender no solo que no se encuentra ex-

presamente prevista en la ley, sino que la omisión de su inclusión fue deliberada (37).

Sin embargo, y frente al mismo escenario, es decir, el de una persona que solicitó la cobertura del DGP en virtud de padecer una enfermedad genética hereditaria [en el caso, síndrome de Bruton (38)], el 13/09/2018 la Cámara Federal de La Plata efectuó una interpretación de la ley 26.862 acorde con los lineamientos dispuestos por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., y expresamente se apartó de la decisión de la Corte, ordenando la cobertura integral del DGP.

Los fundamentos versaron principalmente en que se trataba de plataformas fácticas distintas, debido a que, en este caso, la actora era portadora de una enfermedad genética que no tiene cura y que puede ser transmitida a la descendencia.

Para así decidir, se destacaron, entre otras cosas, que se encuentra comprometido el derecho humano a la salud y la importancia que reviste la prevención, siendo el DGP la única herramienta conocida en la actualidad para prevenir la transferencia de embriones que porten alguna anomalía. También se hizo hincapié en el ejercicio de la procreación responsable y en que la enfermedad se encuentra amparada por la ley 26.869, referida a las enfermedades denominadas como poco frecuentes.

El contexto mencionado deja en evidencia las tensiones y contradicciones en torno al acceso integral a las TRHA, ya que, por un lado, se cuenta con un pronunciamiento del Máximo Tribunal de la Nación que efectuó una interpretación literal de la letra de la ley, según la cual, por no encontrarse expresamente contemplada la técnica del DGP, deniega su cobertura; mientras que, con posterioridad, el mismo tribunal, con una composición similar (39), efectúa una interpretación amplia de la misma la ley en lo que hace a la cobertura de la cantidad de tratamientos de alta complejidad.

VII. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico

Desde el estado actual de la ciencia, y tal como se analizó anteriormente, el DGP constituye la única vía para prevenir la transmisión de enfermedades genéticas hereditarias a la descendencia. Desde esta perspectiva, resulta evidente que en el acceso a esa técnica se encuentra comprometido no solo el derecho a la salud, sino también el derecho humano a beneficiarse del progreso científico, el que se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales.

Así, el art. 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1947 (40) ya incluía su reconocimiento, al expresar: “Toda persona tiene derecho (...) a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Por otra parte, el art. 15.1, apart. b), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Socia-

les y Culturales (41) dispone: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a (...) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

En el mismo sentido, el art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa: “Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”, así como el art. 14, inc. 1º, apart. b), del Protocolo de San Salvador (42).

Por otra parte, del informe de la relatora especial sobre los derechos culturales con relación al derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, emitido el 14/05/2012 en el ámbito del 20º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (43), se desprende que el contenido normativo del derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones incluye, entre otros, el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia.

Se destaca, como principio básico, que las innovaciones esenciales para una vida digna deben ser accesibles para todos, y en particular para las poblaciones marginadas.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo” (44), también se pronunció sobre el derecho a beneficiarse del progreso científico, aunque en relación con el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva. En tal sentido, expresó: “...Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (párr. 150).

VIII. El debate ético sobre la aplicación del DGP

La utilización de estas pruebas ha generado algunos debates éticos en torno a la posibilidad de seleccionar aquellos embriones libres de enfermedades.

En efecto, hay quienes entienden que las TRHA, en combinación con el DGP, juegan un rol eugenésico. A partir de esa concepción, se plantean, entre otras cosas, el siguiente interrogante: ¿hasta dónde se avanzará con el camino de la selección de los hijos? (45).

En esa línea de pensamiento, se expresa que el problema ético surge cuando el medio para lograr el nacimiento de una persona sana consiste en fijarle de antemano ciertas exigencias de “calidad” que debe cumplir para tener derecho a nacer, porque esto presupone que los hijos ya no son queridos por sí mismos, sino que pasan a ser aceptados solo en modo condicional (46).

Por otra parte, también se brindan argumentos de tipo “futurista” para posicionarse en contra del DGP, al sostener que en un principio aparecieron las TRHA para resolver un problema de fertilidad en las parejas heterosexuales, finalidad que luego se extendió a las parejas homosexuales y a las personas solteras; en la actualidad también se combinan con las técnicas de DGP, que posibilitan la selección de embriones a fin de excluir la transferencia de aquellos con alguna anomalía genética, y luego comenzarán a ser utilizadas para seleccionar aquellos embriones que posean determinadas características, como ser rubio, con ojos claros, piel blanca, etcétera.

Se trata de la teoría denominada “pendiente resbaladiza”, una postura basada en el miedo al avance de las nuevas tecnologías, representado básicamente por el hecho de que el DGP abriría las puertas a una nueva forma de eugenesia (47), lo que se conoce como la creación de “niños a la carta”.

En este sentido, Andorno puntualmente sostiene que si bien no existe ningún inconveniente ético en que los padres procuren evitar la transmisión de enfermedades a sus hijos a través de los medios de los que se dispone, como, por ejemplo, mantener una alimentación equilibrada, los cuidados durante el embarazo, abstención de tabaco y drogas, esta situación se convierte en un problema ético cuando de lo que se trata es de eliminar a los portadores de enfermedades, como ocurre cuando a través del DGP se descubre alguna anomalía en el embrión. De este modo, literalmente expresa: “...hay algo profundamente perverso en la lógica que conduce a sacrificar a los ‘desviados de la norma’ de hoy, para que no existan el día de mañana” (48).

En ese orden de ideas, se sostiene que el DGP puede convertirse en un instrumento peligroso en manos de personas que se muevan con fines hedonistas o utilitaristas, para los que el ser diferente, sencillamente, no debe existir (49).

En la misma línea de pensamiento, pero con argumentos de tinte religioso, también se encuentran quienes entienden que la genética supone “jugar a ser Dios” (50), porque Dios creó a los seres humanos exactamente como deseaba que fueran, y el don genético que Dios nos dio se encarna en la biología específica que poseemos (51).

Desde una perspectiva crítica, aunque en el contexto de un debate más actualizado, se sostiene que la utilización del DGP implica la criopreservación indefinida de los embriones “no viables” hasta tanto se sancione un marco regulatorio al respecto, lo que constituye una afrenta directa contra la dignidad de la vida en estado embrionario (52).

En el extremo opuesto, otro sector valora positivamente el uso de las técnicas de DGP, en el entendimiento de que se trata de una importante herramienta de prevención en la

{ NOTAS }

(30) Integrada por los Dres. Maqueda, Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosatti. Disidencia del Dr. Rosenkrantz, quien se remitió a los argumentos de la fiscal, quien, entre otras cosas, dijo: “El derecho a la salud, del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, no es absoluto, sino que debe ser ejercido con arreglo a una reglamentación que garantice el bienestar general, respetando su sustancia...”.

(31) CS, 14/08/2018, “Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud”, AR/JUR/39861/2018.

(32) Entre ellas, pueden mencionarse: CNFed. Civ. y Com., sala II, 26/09/2013, “M. G. M. y otro c. Unión Personal ACCORD Salud s/ amparo”, AR/JUR/71142/2013; CFed. San Martín, sala I, 12/11/2014, “G., Y. S. c. OSDE s/ prestaciones médicas”, AR/JUR/52907/2014; JNFed. N° 7, 03/06/2015, “Brown, Carolina E. y otro c. Medicus SA s/ amparo de salud”; JCiv. y Com. Rosario 15º Nom., 01/02/2017, “D. F. K. y otro c. IAPOS s/ amparo”; CFed. Salta, 17/06/2014, “M., I. N. c. OSDE s/ amparo ley 16.986”, AR/JUR/90363/2014; entre otros.

(33) CS, 01/09/2015, “L., E. H. y otro c. OSEP s/ ampa-

ro”, AR/JUR/28879/2015.

(34) Con el voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(35) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, por mayoría, había rechazado la acción por entender no solo que la técnica no se encontraba expresamente contemplada en la legislación, sino porque “afecta tanto aspectos éticos, biológicos, morales y sociales que su legislación impone la necesidad de un previo debate social y parlamentario”, 30/07/2014, AR/JUR/35912/2014.

(36) A raíz de este precedente, los amparistas, patrocinados por el Dr. Gil Domínguez, denunciaron al Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denuncia cuya admisibilidad aún no fue resuelta.

(37) CFed. Córdoba, sala B, 28/12/2018, “F., L. E. c. OSDE s/ leyes especiales”, AR/JUR/89814/2018.

(38) Es una enfermedad de inmunodeficiencia hereditaria en la que los pacientes no poseen la habilidad de producir anticuerpos, proteínas que forman la globulina gamma o la fracción de inmunoglobulina del plasma sanguíneo, lo que genera infecciones bacterianas recurrentes.

(39) Nótese que en el fallo “L., E. H.” la decisión fue integrada por los Dres. Maqueda, Lorenzetti y Highton de Nolasco; mientras que en el caso “Y. M. V.” la mayoría estuvo conformada por los tres primeros y por el Dr. Rosatti.

(40) Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948, en su res. 217-A, como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

(41) Suscripto por la Argentina el 19/02/1968 y ratificado el 08/08/1986.

(42) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(43) Véase www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/benefitfromscientificprogress.aspx, consultada el 07/07/2019.

(44) Corte IDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo vs. Costa Rica”.

(45) ANDORNO, R., “La selección embrionaria en la fecundación *in vitro*: el derecho ante el desafío de la nueva eugenesia”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Mari-

cruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Ed. AbeledoPerrot - Thomson Reuters, Chile, 2013, ps. 8-9.

(46) ANDORNO, R., “La selección embrionaria...”, ob. cit., ps. 9-10.

(47) TESTART, J., “Le désir du gène”, François Bourin, Paris, 1992, citado en ANDORNO, R., “La selección embrionaria...”, ob. cit., p. 10.

(48) ANDORNO, R., “Bioética y dignidad de la persona”, Tecnos, Madrid, 1998, ps. 79-80.

(49) SARMIENTO, A. - RUIZ-PÉREZ, G. - MARTÍN, G., “Ética y genética. Estudio sobre la ingeniería genética”, EUNSA, Navarra, 1993, ps. 108 y 111.

(50) En inglés, *playing God*.

(51) MCGEE, G., “El bebé perfecto. Tener hijos en el nuevo mundo de la clonación y la genética”, Ed. Gedisa, 2003, p. 91, citado en ABELLAN, F., “Selección genética de embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia”, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 132.

(52) CCont. Adm. Mar del Plata, 24/02/2012, “S., G. y otro v. IOMA s/ amparo”, AP/JUR/329/2012.

transmisión de enfermedades genéticas hereditarias que, en la actualidad, no tienen cura y, en muchos casos, ni siquiera tratamiento —posición que compartimos—.

Es decir, contrariamente al egoísmo pregonado por quienes se manifiestan en contra de estas prácticas, al sostener que la utilización del DGP no hace más que satisfacer el deseo individualista de los padres de tener un “hijo sano”, la posición favorable muestra que, en realidad, de lo que se trata es de priorizar el derecho de la persona nacida a gozar de buena salud y de una vida digna.

Sobre este aspecto, la filósofa y psiquiatra francesa Anne Fagot-Largeault sostiene para muchos padres el desarrollo del diagnóstico preimplantatorio ha sido una liberación, porque sabían que eran portadores de una anomalía genética grave, que no querían transmitir y, sin embargo, querían tener hijos. “No es un crimen recurrir al DGP para detectar y evitar el desarrollo de un niño mal formado (...) no es cualquier cosa vivir deformado” (53). Agrega que la evolución de la ayuda médica en la procreación permite no traer al mundo a un niño con una grave enfermedad.

Sin perjuicio de la multiplicidad de cuestionamientos surgidos alrededor del DGP en todas sus modalidades, en lo que hace al debate acerca de la naturaleza del embrión no implantado debe recordarse que la cuestión fue zanjada el 28/11/2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica” (54), precedente obligatorio para el Estado argentino (55), donde concluyó que la concepción es sinónimo de implantación y, por ende, que el embrión *in vitro* no es persona, conclusión que, por otra parte, se vislumbra de una lectura armónica de todo el Código Civil y Comercial (56).

De lo expresado surge con claridad que gracias al avance de la ciencia, más precisamente a la técnica del DGP en combinación con la FIV, hoy es posible evitar que un niño o niña nazca con graves problemas de salud que, conforme al estado actual de la medicina, no tienen cura; situación que deja en evidencia que la finalidad del DGP, lejos de ser perfecta o eugénica, consiste en salvaguardar el derecho humano a la salud de la descendencia, evitando la transmisión de una determinada patología.

IX. Palabras finales

A pesar del importante avance de la ciencia en materia de ingeniería genética, lo cierto es que el diagnóstico genético preimplantatorio unido a las TRHA constituye, en la actualidad, la única herramienta eficaz para prevenir la generación de un daño a la salud en la persona nacida.

En este contexto, resultó de gran importancia la conquista lograda en materia de acceso a las TRHA a través de la ley 26.862, porque se pone al alcance de todas las personas la posibilidad de acceder a estas prácticas, ello sin perjuicio de los escollos judiciales que fue necesario atravesar debido a la negativa de los prestadores de salud para cubrir los tratamientos sobre la base de interpretaciones restrictivas del bloque normativo referido. Sin embargo, la inclusión del DGP como técnica

complementaria de las TRHA continúa siendo una deuda con la sociedad.

Luego del fallo dictado por la Corte en el caso “L., E. H. y otro c. OSEP s/ amparo”, el argumento principal para denegar la cobertura del DGP se concentró en la falta de regulación expresa del DGP en la legislación.

En esa inteligencia, el Máximo Tribunal se alejó de la cobertura integral de las TRHA propugnada por la ley 26.862 y su decreto reglamentario —objetivo que fue resaltado tiempo después por la propia Corte en el precedente “Y., M. V. y otro c. IOSEP s/ amparo”, citado con anterioridad—, y entendió que es el Ministerio de Salud a quien corresponde autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos, y no a los jueces (consids. 9º y 10).

Resulta claro que lo pretendido por los justiciables al movilizar el aparato judicial en un caso como el mencionado era un trabajo interpretativo que determinara si, efectivamente, el DGP podía entenderse incluido dentro de las prestaciones autorizadas por la ley.

En razón de ello, hubiese sido interesante que el tribunal utilizara las herramientas brindadas a tal efecto por el Código Civil y Comercial (57), que, justamente en sus dos primeros artículos, se refiere a esta cuestión. Así, en su art. 1º dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”, mientras que el art. 2º establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Como bien se destaca en los Fundamentos del Código, los casos deben ser resueltos de acuerdo con un sistema de fuentes conformado por la ley, la Constitución Nacional y todos los tratados internacionales suscriptos por el país. Lo trascendente es que se recepta la llamada “constitucionalización del derecho privado”, lo que implica que se articule un verdadero diálogo de fuentes.

En concordancia con ello, tales fuentes deben aplicarse teniéndose en cuenta la finalidad de la norma. Sobre este aspecto, en los Fundamentos del Código puede leerse que si bien una decisión judicial comienza por las palabras de la ley, también debe incluirse su finalidad, dejando de lado la intención del legislador, por lo que se recepta el principio de interpretación teleológica o finalista.

En virtud de lo expuesto, puede observarse que la Corte no realizó esta labor interpretativa. Por el contrario, se limitó a brindar una interpretación literal de la norma, al expresar lo que es por todos sabido, que es que el DGP no se encuentra incluido en forma expresa en el decreto reglamentario de la ley 26.862. Sin embargo, de lo que se trataba era justamente de decidir si, pese a ello, sopesando los derechos humanos en juego —la salud, el gozar de los beneficios del progreso científico y techno-

lógico, la igualdad, entre otros— y la finalidad de la normativa, la técnica del DGP debía ser entendida como parte integrante de las TRHA.

Se estima que la respuesta favorable es la que se impone. Para concluir de este modo, resulta relevante destacar lo que surge de los considerandos del dec. 956/2013, que reglamenta la ley 26.862, ello por cuanto se trata de los cimientos sobre los cuales se estructura la norma, a saber: “Que la ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (...). Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la ley 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos). Que la ley 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud...”.

En este contexto, teniendo en cuenta lo analizado en los puntos precedentes en orden al derecho a la salud y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, queda claro que constituye un deber del Estado, desde el punto de vista tanto constitucional como convencional, garantizar el acceso integral a las TRHA. A tal efecto, se entiende como “integral” no solo el acceso para todas las personas, sino también a todas las técnicas y procedimientos existentes al momento en que se solicite su cobertura. De hecho, así expresamente lo dispone la ley 26.862, cuyo objeto es el “acceso integral” a las TRHA, de donde surge que el elemento que caracteriza a esta normativa es su amplitud.

A propósito de lo expuesto, recientemente se promulgó parcialmente la ley 27.552 de Fibrosis Quística (dec. 662/2020), que en su art. 1º no solo declara de “interés nacional” la lucha contra la enfermedad, sino que expresamente dispone que se entienda por tal, entre otras cosas, a su prevención (58).

Lo mencionado resulta sumamente relevante en orden a la temática aquí abordada, porque la única vía de prevención conocida en la actualidad y científicamente avalada es el PGT-M, de manera que en este contexto legislativo sería ya muy difícil denegar la cobertura de la técnica a una persona que resulte enferma o portadora de fibrosis quística.

Entonces, considerando la importancia que tiene en la actualidad la prevención, sobre todo en materia de salud y en lo que hace a la disminución de la mortalidad infantil, el DGP debe ser considerado complementario de las TRHA.

En efecto, y tal como lo señaló la procuradora fiscal en su dictamen en el caso “L. E. H.” (59), es el propio dec. 956/2013 el que, en sus considerandos, señala que la ley mencionada sigue lo prescripto científicamente por la OMS en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico y las técnicas de reproducción médicamente asistida, siendo que la OMS considera al DGP como parte integrante de las TRHA (60).

De hecho, si se encuentra acreditado el riesgo de tener descendencia con alguna patología que pueda afectar su salud, al encontrarse comprometido principalmente el derecho humano a la salud, se debe obrar en forma preventiva —como así también lo consagra el Código Civil y Comercial en el art. 1710—, adoptando todos los recursos de los que se dispone para evitar la producción de un daño.

Se trata, nada más ni nada menos, de colocar al alcance de todas las personas la tecnología médica necesaria para ejercer esos derechos. De otro modo, no se hace más que acrecentar la desigualdad entre aquellos que pueden costear la técnica del DGP y quienes no disponen de los medios económicos para hacerlo.

Los que se encuentren en el primer grupo, entonces, podrán beneficiarse del progreso científico y acceder a un examen preventivo que les permita evitar graves enfermedades para su descendencia; mientras que los que se encuentran en el grupo de mayor vulnerabilidad económica cuentan con dos alternativas: no ser padres biológicos, o serlo, pero con grandes posibilidades de tener un hijo con graves problemas de salud; ello, además de correr el riesgo de atravesar por interrupciones de embarazo espontáneas o muerte temprana de sus bebés, con todo lo que ello implica.

La solución de la Corte no repara en esas situaciones, y de ese modo segmenta y discrimina en función de motivos económicos.

A modo de cierre, puede decirse que la postura restrictiva expuesta por la Corte Suprema configura un grave retroceso constitucional y convencional al denegar la cobertura del DGP, no solo porque no respeta las pautas interpretativas dispuestas por el Código Civil y Comercial al desentenderse de la finalidad de la norma y del diálogo de fuentes allí dispuesto, sino porque atenta contra los derechos humanos a la salud, a la dignidad, a la igualdad y a beneficiarse de los progresos científicos y tecnológicos.

Cita on line: AR/DOC/1438/2020

MÁS INFORMACIÓN

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Los recursos limitados y el ‘amparo’ como instrumento de acceso a la salud”, LA LEY 09/09/2020, 1, AR/DOC/2350/2020
Fernández, Silvia E. - Rodríguez Fanelli, Lucía, “Medicamentos, consumo y medios masivos de comunicación. Una dinámica compleja frente a los derechos de niños, niñas y adolescentes”, RDF 96, 41, AR/DOC/2479/2020
Lamm, Eleonora, “El uso de tejidos de fetos abortados como otro argumento a favor de la legalización del aborto”, RDF 2020-III, 335, AR/DOC/1469/2020
Zuccarini, Ayelén, “La ciencia que avanza y la justicia que acompaña: el trasplante uterino y un fallo vanguardista”, LA LEY, 2020-A, 198, AR/DOC/3943/2019

LIBRO RECOMENDADO

Tratado de Derecho a la Salud
 Autoras: Lovece, Graciela I.; Weingarten, Celia
 Edición: 2020
 Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(53) Conversación con Anne Fagot-Largeault, en BO-LADERAS, M., *El impacto de la tecnología en el mundo humano. Diálogos sobre bioética*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 47.

(54) El 15/03/2000, la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica anuló el decreto que autorizaba la práctica de la FIV y lo declaró inconstitucional por considerar que se había infringido el principio de reserva legal y que la FIV trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria, incompatible con el derecho a la vida de esos embriones, razón por la cual se prohibió la práctica. En razón de ello, un grupo de personas denunció al Estado de Costa Rica ante la CIDH

por haberles prohibido el acceso al tratamiento de FIV. Frente al incumplimiento por parte del Estado de Costa Rica de las recomendaciones efectuadas por la Comisión (entre ellas, levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la regulación futura se dicte en concordancia con lo dispuesto por los arts. 11.2, 17.2 y 24 de la Convención), esta elevó el caso a la Corte, quien el 28/11/2012 condenó al Estado de Costa Rica por la violación de diversos artículos de la CADH. Asimismo, con posterioridad se dictó la resolución de la Corte IDH del 26/02/2016, en el ámbito de la supervisión de cumplimiento de sentencia, publicada en www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.doc, página consultada el 07/08/2019.

(55) Tal como lo sostuvo la Corte en diversos precedentes y como expresamente lo dispuso la Corte IDH en la resolución dictada el 18/10/2017 en el marco de la supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada en el caso “Fontevicchia”, admitido por el Estado argentino en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de la sentencia referida convocada por el tribunal regional y celebrada el 21/08/2017 en la sede de la Corte IDH.

(56) Basta con leer detenidamente los arts. 20, 21 y 561 del Cód. Civ. y Com. Para una mayor profundización sobre este tema, consultar HERRERA, M. - LAMM, E., “Técnicas de reproducción...”, ob. cit., p. 359.

(57) Que se había sancionado un mes antes del dictado

del fallo.

(58) Art. 1º: “Declárese de interés nacional la lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico, tratamiento, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también la educación de la población respecto de la misma”.

(59) Dictamen de la procuradora fiscal García Netto en CS, 01/09/2015, “L. E. H. y otro c. OSEP s/ amparo”, AR/JUR/28879/2015.

(60) A tal efecto, incluye la definición de DGP en el glosario de terminología dedicado a las TRHA.

 **NOTA A FALLO**

Indemnización por fallecimiento del trabajador

Art. 248, LCT. Requisitos. Acreditación del vínculo.

1. - La decisión de grado colisiona con el art. 248, LCT, en cuanto dispone que con la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación establecidos en el art. 38 del dec.-ley 18.037/1969, las personas allí enumeradas tendrán derecho a percibir el resarcimiento que se estatuye. [1]

2. - El art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo que prevé la indemnización por fallecimiento del trabajador incorporó a su texto la nómina de beneficiarios del art. 38 del dec.-ley 18.037/1969. Por lo tanto, las posteriores modificaciones introducidas a este último dispositivo no se proyectaron sobre tal incorporación en la norma laboral, que en todo caso habría requerido de una modificación expresa en ese sentido.

SC Buenos Aires, 20/07/2020. - Romero, Javier Leonardo y otro/a. c. Empresa San Vicente S.A. de Transporte s/ Indemnización por muerte.

[Cita on line: AR/JUR/28677/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en "Verón, Bernardino v. Alconar S.A.", 01/12/2004, Cita Online: 70014398, sostuvo que el art. 248 de la LCT dispone que con la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación establecidos en el art. 38. Ver Texto del decreto-ley 18.037/1969, las personas allí enumeradas tendrán derecho a percibir la indemnización que estatuye.

COSTAS

Se imponen por su orden.

La Plata, julio 20 de 2020.

Antecedentes:

El Tribunal de Trabajo N° 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora rechazó parcialmente la demanda interpuesta, imponiendo las costas del modo que especificó (v. fs. 156/162 vta.).

Se dedujo, por la actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 176/181 vta.).

Dictada la providencia de autos, encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia y ante la insuficiencia del valor de lo cuestionado en esta instancia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, el doctor *Soria* dijo:

I. El tribunal interviniente, en lo que aquí interesa destacar, rechazó parcialmente la demanda promovida por Javier Leonardo Romero, José Luis Romero y Julio César Romero (hijo) contra la Empresa San Vicente SA de Transporte, en cuanto procuraban el cobro de la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo por el fallecimiento de quien en vida fuera su padre, Julio César Romero, y el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323.

Para así decidir, juzgó que los actores, mayores de edad, al no acreditar haberse encontrado a cargo de su padre, a tenor de lo reglado en los arts. 37 y 38 de la ley 18.037, no se hallaban legitimados para acceder a dicha indemnización.

En cuanto al rubro reclamado con fundamento en el art. 2 de la ley 25.323, desestimó

su procedencia señalando que la "sanción" a la que alude la citada norma está referida exclusivamente a la indemnización contemplada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, siendo que además debe correr la misma suerte de la principal.

II. La parte actora dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia violación de la doctrina legal que cita (v. fs. 176/181 vta.).

Se agravia de la decisión de grado que impone como requisito para acceder a la indemnización por fallecimiento reclamada que los hijos varones se hayan encontrado a cargo del causante de conformidad con lo establecido en los arts. 37 y 38 del decreto ley 18.037/1969, cuando por remisión expresa del art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo solo debió verificarse el orden de prioridad de las personas que surge del art. 38 del referido decreto ley 18.037/69. Considera que tal definición se aparta de la doctrina que emana del precedente L. 76.363, "Verón" (sent. de 01/12/2004); reiterada en L. 91.908, "Acuña" (sent. de 18/03/2009) y también de lo resuelto en L. 75.938, "Romano" (sent. de 12/03/2003).

Luego, cuestiona lo resuelto por el tribunal en el marco del art. 2 de la ley 25.323. Sostiene que resultando procedente la indemnización por fallecimiento del trabajador, se configuran los presupuestos para hacer lugar a este reclamo. Agrega que el art. 248 de la Ley

La muerte del trabajador y sus indemnizaciones en la Ley de Contrato de Trabajo

Lucas J. Pereyra (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Planteo básico de las circunstancias fácticas del caso.— III. La decisión de la Suprema Corte de Buenos Aires.— IV. Algunas notas de relevancia sobre el art. 248.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El fin de la existencia de las personas físicas es un hecho inevitable (1), con consecuencias para el Derecho: en sede penal extingue las acciones contra el fallecido; en lo previsional puede generar derechos a favor de terceros; en sede civil la distribución del patrimonio del fallecido genera la apertura de procesos sucesorios de variada duración y/o complejidad...; y en Derecho laboral tiene, al menos, dos virtualidades: Si el fallecimiento se produjo por el hecho o en ocasión del trabajo, podrá originar una indemnización en el ámbito del *sistema de riesgos*. Pero se verifiquen estas circunstancias o no, es indistinto para la Ley de Contrato de Trabajo (2).

El presente texto se origina, entonces, en la interpretación que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hizo del instituto específico, a través del fallo "Romero, Javier L. y otro/a c. Empresa San Vicente SA de Transporte. Indemnización por muerte" (L.122.180), en fecha 19/07/2020; pero nos permitirá repasar algunos conceptos sustanciales sobre un tema que, no por usual, deja de presentar aristas interesantes.

II. Planteo básico de las circunstancias fácticas del caso

Llega el caso a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires a raíz del rechazo parcial a la acción intentada por los hijos del

trabajador fallecido por parte del Tribunal de Trabajo N° 3 de Lomas de Zamora, toda vez que juzgó que "... los actores mayores de edad, al no acreditar haberse encontrado a cargo de su padre, a tenor de lo reglado en los arts. 37 y 38 del decreto-ley 18.037/1969, no se hallaban legitimados para acceder a dicha indemnización"; también rechazó el reclamo del art. 2° de la ley 25.323, entendiendo que los presupuestos de la norma se refieren "... exclusivamente a la indemnización contemplada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, siendo que, además, debe correr la misma suerte de la principal". Los actores interpusieron *recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, por lo que el caso llegó a conocimiento de la Suprema Corte, fallando esta, a través de los votos de los Dres. Soria, Kogan, Genoud y Pettigiani.

El juez Soria, previamente a realizar un breve *racconto* del caso, señala primeramente que la parte actora, alegando violación de doctrina legal "... Se agravia de la decisión de grado que impone como requisito para

acceder a la indemnización por fallecimiento reclamada que los hijos varones se hayan encontrado a cargo del causante de conformidad con lo establecido en los arts. 37 y 38 del dec.-ley 18.037/1969, cuando por remisión expresa del art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo solo debió verificarse el orden de prioridad de las personas que surge del art. 38 del referido dec.-ley 18.037/1969", con cita de precedentes pertinentes. También memora que la parte recurrente sostuvo que "... resultando procedente la indemnización por fallecimiento del trabajador, se configuran los presupuestos para hacer lugar a este reclamo. Agrega que el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo remite en su parte pertinente al art. 247 de la misma ley que a su vez deriva en el art. 245", lo que en la lógica de los accionantes torna precedente el reclamo realizado.

III. La decisión de la Suprema Corte de Buenos Aires

En esta instancia, y antes de realizar una valoración positiva de las circunstancias

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado laboralista (UBA). Especialista en Derecho Laboral y maestrando en la Maestría en Derecho Laboral (UBA).

(1) Ya en 1726 el Escritor Daniel Defoe (más conocido por su obra "Robinson Crusoe", señalaba en "the Political History of the Devil" que "*Things as certain as death and taxes can be more firmly believed*"... frase que hoy conocemos como "no hay nada más inevitable que la muer-

te y los impuestos".

(2) Así, la Ley Sustantiva dispone, a través del art. 248, que "En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38 del dec.-ley 18.037/1969 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador falle-

cido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos [2] años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa, o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido du-

rante los cinco [5] años anteriores al fallecimiento. Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la Ley de Accidentes de Trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que, por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador".

de Contrato de Trabajo remite en su parte pertinente al art. 247 de la misma ley que a su vez deriva en el art. 245, lo que justifica la procedencia del reclamo en el caso.

III. El recurso prospera parcialmente.

III.1. Inicialmente, es dable observar que —tal como se admite en el medio de impugnación— el valor de lo cuestionado ante esta instancia no supera el importe mínimo previsto por el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y, en tanto en el recurso se denuncia la violación de doctrina legal, corresponde tratarlo en el marco del supuesto de excepción establecido en el art. 55 primer párrafo *in fine* de la ley 11.653 (v. fs. 183/184).

En consecuencia, la función revisora de la Suprema Corte queda circunscripta a verificar si lo resuelto en autos contradice la doctrina legal, hipótesis que se configura cuando este Tribunal ha fijado la interpretación de las normas que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y el fallo apelado la transgrede en un caso similar (causas L. 117.526, “Rivarola”, sent. de 01/07/2015; L. 119.642, “Short”, sent. de 21/09/2016 y L. 119.106, “Romero”, sent. de 17/05/2017).

III.2. Corresponde acoger el primero de los reproches traídos, toda vez que el recurrente evidencia la vulneración de la doctrina legal que invoca.

Esta Corte tiene dicho que el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo incorporó a su texto la nómina de beneficiarios del art. 38 del decreto ley 18.037/1969. Por lo

tanto, las posteriores modificaciones introducidas a este último dispositivo no se proyectaron sobre tal incorporación en la norma laboral, que en todo caso habría requerido de una modificación expresa en ese sentido (causas L. 91.908, “Acuña”, sent. de 18/03/2009 y L. 100.323, “Vincent”, sent. de 24/05/2011).

La decisión de grado colisiona con el texto de la norma laboral mencionada en cuanto dispone que con la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación establecidos en el art. 38 del decreto ley 18.037/1969 (t.o. 1974), las personas allí enumeradas tendrán derecho a percibir el resarcimiento que se estatuye, entre ellas: los hijos del causante.

Con ello, cabe también recordar que la doctrina legal de este Tribunal señala que la remisión que hace el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo a la norma previsional se refiere exclusivamente a las personas y no a las personas y condiciones que ella misma establece, de modo tal que estas últimas no son exigibles para legitimar el reclamo del beneficio consagrado en la ley laboral (causas L. 75.938, “Romano”, sent. de 12/03/2003 y L. 76.363, “Verón”, sent. de 01/12/2004).

III.3. En cambio, no resulta atendible el cuestionamiento referido al rechazo fundado en el art. 2 de la ley 25.323, en tanto su desarrollo argumental carece de la necesaria denuncia de violación de doctrina legal que justifique el tratamiento del planteo deducido ante esta sede extraordinaria en el marco de excepción examinado (causas L. 117.038, “Zapata”, sent. de 20/08/2014; L. 100.654,

“Reising”, sent. de 15/07/2015 y L. 118.398, “Amor”, sent. de 24/05/2016).

IV. Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y revocar la sentencia de grado en cuanto rechazó la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo. Los autos deben remitirse al tribunal de origen a fin de que dicte el pronunciamiento que corresponda, conforme lo aquí resuelto.

Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención al progreso parcial de la impugnación (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con el alcance indicado, así lo voto.

La doctora Kogan dijo:

I. El recurso prospera parcialmente.

I.1. Adhiero a lo manifestado por mi colega doctor Soria en el punto III.1. de su voto.

I.2. En lo concerniente al agravio por el que se objeta el rechazo de la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo —a tenor de las condiciones establecidas en los arts. 37 y 38 del decreto ley 18.037/1969—, concuerdo con la solución que propicia mi colega y, en lo que resulte pertinente, remito a lo expuesto en la causa L. 90.609, “Arca” (sent. de 16/05/2007), que, junto a lo decidido en los precedentes L. 84.059, “Alvarez” y L. 86.073, “Méndez” (sentenciados en la misma fecha) resultó gravitante para definir el criterio

— una “patrimonialización” del tiempo de servicio, o

— un instituto de la Seguridad Social, impuesto al empleador y con destino a brindar a los familiares un aporte económico para sobrellevar los gastos y adversidades derivadas del fallecimiento del trabajador.

En lo personal adhiero a la última postura señalada. Dadas las características especiales en cuanto del contrato de seguro, de los sujetos intervinientes y diversas tipologías inmanentes a esta especialísima rama del Derecho, creo discutible asimilar el beneficio reconocido a un seguro *sui generis*. Debemos entender la especial situación producida a su ambiente familiar, en la que, sumada a la pérdida de ingresos, deben hacerse cargo de gastos y necesidades extraordinarias; de allí que el legislador dispuso que el empleador deba afrontar, como una ayuda inmediata, sin perjuicio de la ulterior cobertura por el sistema de seguridad social mediante la concesión del beneficio de pensión (6). Una lectura amplia de la norma que dio origen al art. 248, aportará un elemento más de convicción en apoyo a esta postura.

Beneficiarios: Recordemos que tan temprano como en la década de '30 la ley 11.729, en su art. 8º disponía que “En caso de muerte del empleado, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, en el orden y en la proporción que establece el Código Civil, tendrán derecho a la indemnización por antigüedad en el servicio, limitándose para los descendientes a los menores de veintidós años, y sin térmi-

fijado en la causa L. 91.908, “Acuña”, (sent. de 18/03/2009, citada por los recurrentes.

I.3. Finalmente, también suscribo lo indicado por el doctor Soria en el punto III.3. de su opinión.

II. En consecuencia, propongo hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído, con el alcance indicado en el punto final del voto inaugural.

Así lo voto.

Los doctores Genoud y Pettigiani, por los mismos fundamentos del doctor Soria, votaron en el mismo sentido.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y se revoca la decisión impugnada en cuanto rechazó la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo. En consecuencia, se remiten los autos al tribunal de origen, a fin de que dicte el pronunciamiento que corresponda. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención al progreso parcial de la impugnación (arts. 68, seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 “c”, resol. Presidencia SCBA 10/20) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaría firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20). — Hilda Kogan. — Luis E. Genoud. — Eduardo J. Pettigiani. — Daniel F. Soria.

procesales, el magistrado Soria postula la procedencia parcial del Recurso bajo análisis. A su criterio corresponde “... acoger el primero de los reproches traídos, toda vez que el recurrente evidencia la vulneración de la doctrina legal que invoca. Esta Corte tiene dicho que el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo incorporó a su texto la nómina de beneficiarios del art. 38 del decreto ley 18.037/1969. Por lo tanto, las posteriores modificaciones introducidas a este último dispositivo no se proyectaron sobre tal incorporación en la norma laboral, que en todo caso habría requerido de una modificación expresa en ese sentido (causas L. 91.908, “Acuña”, sent. de 18/03/2009 y L. 100.323, “Vincent”, sent. de 24/05/2011). La decisión de grado colisiona con el texto de la norma laboral mencionada en cuanto dispone que con la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación establecidos en el art. 38 del decreto ley 18.037/1969 (t.o. 1974), las personas allí enumeradas tendrán derecho a percibir el resarcimiento que se estatuye, entre ellas: los hijos del causante. Con ello, cabe también recordar que la doctrina legal de este Tribunal señala que la remisión que hace el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo a la norma previsional se refiere exclusivamente a las personas y no a las personas y condiciones que ella misma establece, de modo tal que estas últimas no son exigibles para legitimar el reclamo del beneficio consagrado en la ley laboral (causas L. 75.938, “Romano”, sent. de 12/03/2003 y L. 76.363, “Verón”, sent. de 01/12/2004); en tanto rechaza expresarse sobre el reclamo vinculado a la inteligencia del art. 2º de la ley 25.323, “... en

tanto su desarrollo argumental carece de la necesaria denuncia de violación de doctrina legal que justifique el tratamiento del planteo deducido ante esta sede extraordinaria en el marco de excepción examinado...”

Por lo expuesto el Dr. Soria propuso [y por la adhesión de los jueces Genoud y Pettigiani, así fue la decisión de la Suprema Corte (3)] “... hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y revocar la sentencia de grado en cuanto rechazó la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo. Los autos deben remitirse al tribunal de origen, a fin de que dicte el pronunciamiento que corresponda, conforme lo aquí resuelto...”; por consiguiente, quedó firme el fallo de la instancia anterior en cuanto al rechazo de la aplicación del art. 2º, de la ley 25.323; no por confirmación del fondo del planteo, sino por lo que el Supremo Tribunal provincial entendió como un defecto formal en la formulación del reclamo (4).

IV. Algunas notas de relevancia sobre el art. 248(5)

Naturaleza jurídica: Más allá de la letra del artículo mencionado, creo necesario señalar algunos puntos relevantes a su respecto. Uno de los primeros será la referencia a la naturaleza jurídica de la Institución.

Al respecto, se han señalado tres posturas:

— una teoría lo asimila a un seguro de vida impuesto al empleador a favor de los familiares del trabajador;

(3) La Dra. Kogan adhirió a la decisión del Dr. Soria, según su propio voto. Si bien el mismo tiene conceptos valorables con relación a cuestiones procesales bonaerenses, no agrega mayores elementos de análisis en lo relativo al presente trabajo (art. 248, LCT) razón por la que no se menciona en el presente trabajo.

(4) A todo evento, una interpretación restrictiva de

los alcances de dicha norma podría apreciarse en el Plenario 313 de la CNTrab., “Casado, Alfredo A. c. Sistema Nacional de Medios Públicos SE s/ despido”;

(5) Como señala este subtítulo, trata sobre algunas “notas” que considero relevante; empero, para un estudio más acabado del Instituto, recomiendo al lector el Capítulo “De la Extinción del Contrato de

Trabajo por muerte del Trabajador”, elaborado por DEL BONO, Carlos M. que integra la obra “Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada - Tomo IV”, Ed. La Ley - Thomson Reuters, 2014, 2ª ed., 1ª reimp. Deberá el lector ajustar lo allí informado en ciertas relaciones familiares a los nuevos lineamientos impuestos por el Código Civil y Comer-

cial, establecido por la ley 26.994.

(6) Conforme “Karpel de Martínez, Raquel y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y/u otros”, sentencia del 05/07/2001 CNFed. Resistencia. DT 2002-A.

(7) Plenario “Benso de Ravenna, Dora c. Traverso Juan e Hijos SA”, 12/09/1958. Publicado en LA LEY 11-15 - DT 1958-757 - JA 1958-IV-206.

{ NOTAS }

y/o nietos solteros, nietas solteras y nietas viudas, que hubieran estado presumiblemente “a cargo” del trabajador fallecido. En ciertas circunstancias incluso puede ocurrir que la viuda, el viudo, la conviviente o el conviviente, en las condiciones del inc. 1º concurre con los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso.

2. Los padres; y

3. Los hermanos solteros, las hermanas solteras y las hermanas viudas (8).

Ahora bien, no hubo mayores complicaciones en cuanto a la interpretación armoniosa del art. 248 con el art. 38 del decreto-ley 18.037/1969... hasta el dictado de la ley 24.241. Esta, en su art. 53 (9) dispuso que “... En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: a) La viuda. b) El viudo. c) La conviviente. d) El conviviente. e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta

los dieciocho [18] años de edad. La limitación a la edad establecida en el inc. e) no rige si los derechohabientes se encontraran incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho [18] años de edad. Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquel un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante. En los supuestos de los incs. c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente; o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco [5] años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos [2] años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando este hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante

hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o estos hubieran sido demandados judicialmente; o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales” (10).

Surgió, entonces, la cuestión de interpretar si el legislador había querido fijar en forma pética la lista de beneficiarios (11) a lo dispuesto en “el art. 38” o sí, por el contrario, reenviaba a la normativa del sistema previsional vigente. Si bien hay doctrinas en ambos sentidos, la tesis mayoritaria ha interpretado dinámicamente (12) el art. 248 en cuestión en modo favorable a la aplicación del art. 53 de la ley 24.241; cuestión también receptada en la Jurisprudencia capitalina (13).

Debemos señalar en esta instancia, que esta vía excepcional de cobro de sumas de dinero no aplica para días trabajados, SAC y vacaciones proporcionales, ni la multa del art. 80, LCT (14).

V. Conclusiones

Como vimos resumidamente, el legislador ha creado el art. 248 como un remedio ex-

traordinario y, en tal carácter, ha prescindido de algunos formalismos atendiendo más que nada a una situación de virtual desamparo del grupo familiar.

Tan así es que esta indemnización (15) debe abonarse por el fallecimiento del trabajador, sin distinguir si el mismo ha sido consecuencia de un accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente doméstico, o incluso suicidio.

En una hipotética reforma normativa sería interesante hacer una referencia directa a “la normativa previsional vigente”, para evitar las disquisiciones que hemos repasado.

A todo evento, el profesional deberá prestar atención a esta herramienta que posee la virtualidad de alcanzar un alivio financiero inmediato al grupo familiar que ha sufrido la pérdida del ser querido. Recordemos siempre la importancia de la integralidad del Derecho como un sistema que regula nuestra vida en sociedad; cuya complejidad (16) hace necesario su estudio constante.

Cita on line: AR/DOC/3030/2020

{ NOTAS }

(8) Sigo en este punto a la Dra. Daiana Dattoli (Doctrina Especial para *ut supra*. Derecho Laboral. “La muerte del trabajador como causal de extinción del contrato de trabajo”; su trabajo puede leerse en: http://server1.ut-supra.com/site?ID=articulos_labA00394357070. Sostiene dicha autora que “... La precedente enumeración es taxativa. El orden establecido en el inc. 1º no es excluyente, pero sí el orden de prelación establecido entre los incs. 1º a 5º”.

(9) Amén de la vigencia del art. 53 que vamos a releer, creo que ha sido más feliz la redacción del art. 46, inc. c) de la ley 26.844, que indica como titulares del crédito indemnizatorio a los “causahabientes en el orden y prelación establecidos por el ordenamiento previsional vigente” con similares “franquicias documentales” que la LCT.

(10) Todavía más complicado sería analizar si el dec.1306/2000 —“abrogado por art. 18 de la Ley 26.222,

BO 08/03/2007, que modificó el presente artículo y cuya entrada en vigencia se suspendió en virtud de una resolución judicial por dec. 438/2001 BO 19/04/2001—que estableció como fecha de entrada en vigencia de las disposiciones del dec.1306 del 29 de diciembre de 2000, que no hubieran tenido efecto hasta el 16 de marzo de 2001 inclusive, el primer día del tercer mes siguiente a aquel en que quede firme la sentencia que, en su caso, revoque la medida cautelar dictada en el Expediente Judicial 700.027/2001 del registro de la Cámara Federal de la Seguridad Social aún mantiene efectos... En la maraña normativa “que supimos conseguir” todo sería posible...”.

(11) A todo evento será carga de la obligada al pago verificar la legitimación de los reclamantes... ya que “... El apresuramiento en el pago sin sustento probatorio eficaz resulta reprochable, pues, cuando se debe abonar la indemnización establecida en el art. 248, LCT, es la parte empresaria quien debe informarse fehacientemente

sobre el “status familiar” del trabajador fallecido, y ante la duda acudir al remedio de la consignación judicial de lo debido, para desobligarse del pago de las obligaciones personales”. Ver CNTrab., sala IV, 31/08/2017, ‘Coca Patricia Mónica en repr. de su hija y otros c. Conimpex SA y otro s/ indem. por fallecimiento’ (Expte. 11.627/2014).. En sentido similar, ver Sentencia de fecha 22/02/2002 autos ‘Muddolon, Daniela y otros c. Telefónica de Argentina SA’.

(12) DEL BONO, Carlos, ob. cit. DATTOLI, Daiana, ob. cit. FERNÁNDEZ MADRID, Juan C. en “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Erreius, 2018, 1ª ed., t. III, p. 2007

(13) Sentencia de fecha 18/11/2002 en CNTrab., sala II, ‘Martínez, Esther del Carmen c. Europan SRL’, Cita Online: 30002589; CNTrab., sala VI, 07/11/2002, ‘Rodríguez, Marta c. San Yago SA’, AR/JUR/3184/2002; CNTrab., sala V, 09/10/2003, en ‘Flores, Cristina M. c.

Lipsia SA”, Cita Online: 40010027.

(14) Invito al lector a la consulta del fallo de la CNTrab., sala X, 09/03/2017, ‘Riguresma, Nerea B. c. Consultores Asociados Ecotrans SA s/ indemnización por fallecimiento’ (expte. 11161/2013).

(15) “Es importante destacar que corresponde cobrar a las personas enumeradas *iure proprio*, es decir, no requiere la apertura de la sucesión y la declaratoria de herederos. En rigor, cabe mencionar que la empresa (deudora de las acreencias a percibir por los causahabientes) en caso de duda sobre la persona legitimada al cobro de la misma, deberá hacer consignación judicial” (DATTOLI, D., ob. cit.).

(16) A veces, innecesariamente complicada por, al decir, de Del Bono, una “inflación normativa” fuera de control.

JURISPRUDENCIA

Determinación de oficio

Principio de unicidad. Art. 19 de la Ley de Procedimiento Tributario. Determinación parcial. Efectos. Rechazo del planteo de nulidad.

El planteo de nulidad efectuado por la contribuyente relativo a que se violentó el “principio de unicidad de la determinación de oficio” debe ser desestimado, pues, conforme se desprende de la primera resolución determinativa, se dejó expresa constancia, a los efectos dispuestos en el art. 19 de la ley 11.683, que la determinación era parcial y abarca solo los aspectos a los cuales se hace mención, y en la medida en que la legislación vigente al momento de los hechos y los elementos de juicio con que se contara permiten ponderarlos, de allí que el Fisco se encontraba facultado para dictar un nuevo ajuste, lo que no importó soslayar principio ni garantía alguna.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 08/09/2020. - Bingo Adrogué S.A. c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: AR/JUR/35407/2020]

① COSTAS

A su cargo en su calidad de vencida (art. 68 CPCCN).

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 8 de 2020.

Considerando: I. Que a fs. 594/601 vta. —y aclaratoria de fs. 606—, el Tribunal Fiscal de la Nación resolvió revocar las resoluciones administrativas impugnadas, en lo que respecta al ajuste correspondiente a los pagos efectuados al Instituto Provincial de Loterías y Casinos y a la Municipalidad de Almirante Brown, con costas por su orden.

Asimismo, confirmó la determinación de oficio correspondiente a los pagos efectuados a la firma Vistamar SA, con costas.

Por último, dejó sin efecto las multas impuestas con sustento en el art. 46 de la LPT, con costas y ordenó al Fisco Nacional que practique la reliquidación de los montos que resulta adeudar la contribuyente en función de la forma en que se resolvió.

II. Que, para así decidir, el tribunal jurisdiccional administrativo —por mayoría integrada por los Dres. Vicchi y Pérez— advirtió que, de conformidad con la limitación establecida en el art. 185 de la ley de procedimientos, se encuentra imposibilitado de

resolver el planteo de inconstitucionalidad articulado por la actora; razón por la cual no cabía pronunciarse sobre el planteo referido.

A continuación, y en cuanto resulta relevante para la cuestión por decidir en esta instancia, resolvió el planteo de nulidad efectuado por la contribuyente relativo a que se violentó el “principio de unicidad de la determinación de oficio”, por haberse determinado períodos en la resolución N° 155/2014 (7/2007 a 6/2009) que ya habían sido determinados en la resolución N° 260/2010.

Al respecto, recordó lo establecido en el art. 19 de la LPT y señaló que, en este caso, puede apreciarse que, tal como surge de la resolución N° 260/2010, en su art. 8º se dejó constancia del carácter parcial del ajuste efectuado y que, si bien en la resolución antedicha se determinó el mismo impuesto que en la resolución N° 155/2014, lo cierto es que por los períodos 7/2007 a 6/2009 se impugnaron los pagos realizados al Instituto Provincial de Lotería y Casinos y a la Municipalidad de Almirante Brown; mientras que en la segunda resolución recurrida se impugnó el pago realizado a la firma Vistamar SA.

Por ello, decidió que no corresponde hacer lugar a la nulidad planteada por la actora, bajo el entendimiento de que el Fisco Nacional contaba con facultades jurídicas para determinar los ajustes cuestionados en autos,

conforme los preceptos contemplados en la ley de rito.

III. Que, contra lo así decidido, tanto la parte actora como el Fisco Nacional interpusieron apelación (ver fs. 607 y fs. 609).

A fs. 611/614 la parte actora expresó agravios y a fs. 641/652 hizo lo propio el Fisco Nacional.

A fs. 739/747 vta. y fs. 749/761 las partes contestaron recíprocamente los traslados conferidos.

En el marco del trámite sustanciado por ante este Tribunal, con fecha 17/12/2019 (alta en el sistema 18/12/2019) se declaró —por mayoría— la caducidad de la instancia respecto del recurso interpuesto por el fisco, rechazándose con posterioridad el planteo de revocatoria articulado a su respecto, y denegándose el recurso extraordinario presentado también acerca de aquél decisorio; por manera que subsiste como única materia sujeta a tratamiento la apelación limitada que en su momento promoviera la parte actora.

IV. Que la parte actora se agravó de lo dispuesto en el punto 2) de la parte resolutive de la decisión del TFN, en cuanto allí se confirmó el acto administrativo determinativo correspondiente a los pagos efectuados a la firma Vistamar SA, de conformidad con lo

expresado en el considerando 6. b) del voto del vocal instructor, con costas.

Al respecto, señaló que en la resolución N° 260/2010 el Fisco ajustó las obligaciones concernientes a los pagos realizados al Instituto Provincial de Lotería y Casinos y a la Municipalidad de Almirante Brown. Por su parte, por los mismos períodos, en la resolución N° 155/2014 se impugnaron los pagos realizados a Vistamar SA.

Indicó que el Fisco pretendió justificar esta —a su juicio— indebida superposición en el artículo 8° de la resolución N° 260/2010, dejando expresa constancia que a los fines de lo dispuesto por el artículo 19 de la ley 11.683 la determinación es parcial y comprende únicamente los aspectos a los que hace mención y en la medida en que los elementos de juicio tenidos en cuenta lo permitan.

Refirió que en la resolución N° 260/2010 se impugnaron los pagos al I.P.L.C.P.B.A. y a la Municipalidad de Almirante Brown, correspondientes al período 8/2005 a 6/2009, mientras que en la resolución N° 155/2014 se impugnaron los pagos efectuados al mencionado instituto y a la firma Vistamar SA. Los pagos a esta última firma que fueron observados son los de los períodos 7/2007 a 6/2009; vale decir que están comprendidos dentro del lapso ajustado en la anterior resolución y, por ello, debieron, en todo caso, haber sido objetados en la misma resolución N° 260/2010.

En esa oportunidad, el Fisco se encontraba en condiciones de verificar la existencia de los mismos y cuestionarlos por considerar que a su respecto se perfeccionó un sistema organizado para eludir el pago del impuesto que nos ocupa. El fundamento utilizado por la AFIP para tal proceder es que en la resolución N° 260/2015 se dejó constancia del carácter parcial de la determinación, en los términos del artículo 19 de la ley citada.

Consideró que el principio que rige en la materia es que una vez firme la determinación solo podrá ser modificada en contra del contribuyente en determinados casos, los cuales importan excepciones a la regla general de la estabilidad del acto, que encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica y el derecho de propiedad.

Luego indicó que, por aplicación de la doctrina de la Unicidad de la Determinación de Oficio, un acto administrativo que no se encuentra firme aunque sí notificado no puede ser ulteriormente modificado, toda vez que por virtud de dicha notificación se ha originado un derecho subjetivo en la persona del interesado. La excepcionalidad de esa previsión está dada por el error motivado por el propio sujeto y no debe provenir de una causa de modificación de la determinación.

En este caso, el Fisco pretende ampararse en la excepción del inciso a) del artículo 19. Sin embargo, en la resolución N° 155/2014 se vuelve a ajustar el mismo impuesto, referido a períodos fiscales comprendidos en la anterior resolución N° 160/2010 y se fiscalizó el mismo aspecto (pagos susceptibles de configurar un sistema organizado de pago). Es decir, que el “aspecto” u “objeto” de la determinación es idéntico en ambos casos: la presencia o no de un sistema organizado de pago para evitar el ingreso de gravamen. Para detectar la presencia de este sistema, la tarea a realizar por los fiscalizadores consistía en revisar los pagos efectuados por Bingo Adrogué, no advirtiéndose la complejidad o dificultad existente para que la AFIP no haya objetado los pagos efectuados a Vistamar SA. Por ello, argumenta que el organismo fiscal no se encuentra facultado para rever los períodos fiscales 7/2007 a 6/2009, que ya fueron materia de determinación en una resolución anterior.

Así que, según su criterio, la resolución N° 155/2014 resulta nula, por cuanto se aplicó indebidamente el artículo 19, inciso a) de la ley 11.683, y de esta forma se efectuó una doble determinación por los mismos períodos y sobre el mismo contribuyente.

Por lo tanto, solicitó que se deje sin efecto el punto 2) de la parte resolutive de la resolución del TFN en cuanto confirmó la resolución determinativa correspondiente a los pagos efectuados a Vistamar SA, con costas.

V. Que, con respecto a este planteo, corresponde comenzar destacando que la argumentación recursiva de la parte actora comporta una mera reiteración de lo expuesto sobre el punto al efectuar el planteo ante la instancia anterior, no efectuando la crítica concreta y razonada de los pasajes del pronunciamiento que se pretenden agraviantes.

En tales condiciones y de conformidad con lo establecido en el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación —de aplicación supletoria por conducto del art. 197 de la LPT— el recurso aparece desierto, en tanto el apelante no se ha hecho cargo de los argumentos relevantes y conducentes vertidos por el anterior sentenciante, en base a los cuales concluyó en la regularidad de la determinación tributaria llevada a cabo por el fisco, con relación a los pagos efectuados a Vistamar SA, por los períodos fiscales 7/2007 a 6/2009.

Sin perjuicio de ello, ha de puntualizarse que en el caso y con relación al aspecto materia de análisis, el Tribunal *a quo* analizó y decidió la cuestión teniendo en cuenta de modo particular las modalidades en que fue llevada a cabo la determinación contenida en la Resolución N° 260/2010, circunstancia que habilitó a formular la determinación tributaria respecto de operaciones con sujetos diferentes y por los mismos períodos fiscales en la Resolución N° 155/2014, con ajuste a lo establecido en la normativa aplicable.

En efecto, el art. 19 de la LPT establece expresamente que: “[s]i la determinación de oficio resultara inferior a la realidad, quedará subsistente la obligación del contribuyente de así denunciarlo y satisfacer el impuesto correspondiente al excedente, bajo pena de las sanciones de esta ley. La determinación del juez administrativo del impuesto, en forma cierta o presuntiva, una vez firme, solo podrá ser modificada en contra del contribuyente en los siguientes casos: a) [c]uando en la resolución respectiva se hubiere dejado expresa constancia del carácter parcial de la determinación de oficio practicada y definidos los aspectos que han sido objeto de la fiscalización, en cuyo caso solo serán susceptibles de modificación aquellos aspectos no considerados expresamente en la determinación anterior (...)”.

En este caso, conforme se desprende del art. 8° de la resolución N° 260/2010 (ver copia obrante a fs. 16/35, en especial fs. 35 del Expte. principal), se dejó expresa constancia, a los efectos dispuestos en el art. 19 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.), que la determinación es parcial, y abarca solo los aspectos a los cuales se hace mención y en la medida en que la legislación vigente al momento de los hechos y los elementos de juicio con que se contara permiten ponderarlos.

De allí que en tanto, como fuera señalado por el Tribunal *a quo*, el Fisco se encontraba facultado para dictar la resolución N° 155/2014 (ver fs. 359/378 del Expte. principal), lo que no importó soslayar principio ni garantía alguna (cfr. en igual sentido, esta Sala, en autos: “Sbasseiro, Oscar R. c. DGI”, Expte. N° 74.716/2018, del 03/04/2019), la actuación del organismo recaudador no era susceptible de objeción.

Por las razones antes expuestas, corresponde desestimar los agravios formulados por el recurrente al respecto.

VI. Que, en consecuencia, se rechaza el recurso de la parte actora, con costas a su cargo en su calidad de vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: 1°) desestimar la apelación de la actora, confirmando el pronunciamiento recurrido en cuanto fue materia de apelación; 2°) con costas a su cargo. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *María C. Caputi*. — *José L. López Castiñeira*. — *Luis M. Márquez*.

Medidas cautelares

Embargo solicitado sobre porción indivisa de inmueble adjudicado a la mujer en concepto de compensación económica por cese de unión convivencial. Medida pedida por los exconvivientes. Rechazo de la pretensión.

El embargo solicitado por los exconvivientes sobre la porción indivisa de un inmueble adjudicado a la mujer en concepto de compensación económica por cese de unión convivencial debe rechazarse, pues con el objeto de hacer efectiva la función publicitaria necesaria para que los derechos sean oponibles a terceros acreedores, puede procederse con la inscripción registral del acuerdo de división de condominio y adjudicación de porción indivisa, que se homologa en la *sub examine*. Contrariamente a lo afirmado en el discurso recursivo, no advertimos impedimento para tal inscripción, por parte de los recurrentes, condóminos en idénticas proporciones, cuando es posible la transmisión de dominio de un inmueble que registra una hipoteca en garantía de un crédito en curso de cumplimiento.

CNCiv., sala J, 18/09/2020. - G., M. I. C. G., F. A. s/ Homologación.

[Cita on line: AR/JUR/38359/2020]

2ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 18 de 2020.

Considerando: I. Por resolución dictada el 3 de agosto de 2020, el Sr. Juez *a quo* homologa el convenio celebrado por las partes, relativo a la división de condominio, adjudicación de porción indivisa por compensación y poder irrevocable de venta. Y rechaza el embargo pretendido por ambas, al promover la acción, respecto de la porción indivisa de titularidad de uno de ellos, en el inmueble sito en la calle ..., de esta ciudad

Para así decidir, el sentenciante de grado ha ameritado que, desde una perspectiva procesal, no se verifican los presupuestos para admitir el embargo como medida cautelar y, desde una perspectiva sustancial, tal medida cautelar quiebra la igualdad entre los acreedores, sin que exista causa legítima —ya sea por vía de privilegio (origen legal) o por vía de garantía real (origen convencional de estructura legal)— que otorgue la preferencia que impondría la inscripción del embargo; concluyendo que el orden público presente en la materia impide dar curso a la pretensión.

II. Disconformes con la desestimación de la medida cautelar pretendida, se alzan ambas partes. Da fundamento a su recurso la Sra. M. I. G., en el memorial que digitaliza el 24 de agosto de 2020 y, a su turno, el 6 de septiembre pasado, hace lo propio el Sr. F. A. G., adhiriéndose a los agravios que vierte la primera.

III. En lo que concierne a la cuestión venida a conocimiento, luego del análisis de los

reproches que ambas partes formulan contra la decisión en cuestión y de la valoración del convenio que se homologa, celebrado por aquellos, hemos de adelantar que los postulados de sus pretensiones recursivas no merecen atención.

Es que, si bien es cierto que las partes solicitan una medida cautelar libremente consensuada, sobre la porción indivisa de titularidad del Sr. F. A. G., que se adjudica a la Sra. M. I. G. en concepto de la compensación económica por el cese de la unión convivencial que mantuvieron durante largos años, en primer término no se verifica la concurrencia de los presupuestos esenciales para su decreto, pues no se acciona por el incumplimiento de alguna obligación asumida por las partes ni se denuncian maniobras tendientes a perjudicar el crédito, ni se justificó una apreciable disminución de la solvencia, y no se invocó peligro alguno en la demora que permita la protección que solicitan ambos condóminos.

Además, como con acierto lo señala el “*a quo*”, la inscripción del embargo en los términos pretendidos implicaría excluir el inmueble de la garantía común y quebrar la igualdad de los acreedores sin causa legal de preferencia, lo que resulta en violación del orden público; lo que puede ser declarado de oficio (arts. 279, 386 y 387 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En tales condiciones, no puede avanzarse con una medida cautelar solicitada por ambas partes al promover la acción, cuando, con el objeto de hacer efectiva la función publicitaria necesaria para que los derechos sean oponibles a terceros acreedores, puede procederse con la inscripción registral del acuerdo de división de condominio y adjudicación de porción indivisa por compensación, que se homologa en el *sub examine*.

En efecto, contrariamente a lo afirmado en el discurso recursivo, no advertimos impedimento para tal inscripción, por parte de los recurrentes, condóminos en idénticas proporciones, cuando es posible la transmisión de dominio de un inmueble que registra una hipoteca en garantía de un crédito en curso de cumplimiento. En efecto, de lo establecido en el artículo 2195 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se extrae que el propietario de la cosa alcanzado por el gravamen, sea o no deudor, conserva todas las facultades propias de su derecho, pudiendo disponer de la cosa, sea enajenándola a título oneroso o gratuito, gravando sobre ella nuevos derechos reales, extrayendo sus frutos —según el caso—, arrendándola, etc. En general, conservando la facultad de disposición material y jurídica con la limitación a costas.

Así como en vigencia del anterior Código Civil no solo es posible enajenar una cosa hipotecada, sino que al hacerlo las partes pueden pactar quién y cómo se hará cargo del gravamen, pudiendo llegarse por ese carril al instituto de la asunción de deuda, es decir, que el comprador asuma el pago de la deuda hipotecaria, aunque desde luego esta estipulación en principio será inoponible al acreedor hipotecario, salvo que este acepte la sustitución del deudor original (sobre la asunción de deuda y sus variantes puede verse especialmente a Greco, Roberto E. “Enajenación de cosa hipotecada”, ps. 159 a 243; también esta Sala, causa N° 52.342, “Brindesi” del 10/12/2008, con cita de la SCBA, Ac. 87.428, “Valente” del 06/12/2006 y de la Cámara 2ª, Sala 3ª de La Plata, RSD-214-91, “Caggiano”, ambos en base Juba; Peralta Mariscal, ob. cit., p. 601; Wayar, Ernesto C., “El pago por consignación y la mora del acreedor”, p. 124; Gregorini Clusellas, comentario al art. 1433 en “Código Civil...”, dirig. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena I. Highton, T. 3-C, p. 632, apartado 1.c.).

Recuérdese que, aun cuando por estipulación en la escritura de constitución de la

hipoteca se les impida a los deudores enajenar el inmueble gravado sin la expresa conformidad de la entidad bancaria acreedora, tal prohibición está, obviamente, dirigida a evitar que los derechos del banco experimentaran cualquier perjuicio.

La doctrina y la jurisprudencia refrendan esta posibilidad, máxime, cuando, en el caso, se concentraría toda la titularidad del bien en cabeza de uno de los co-deudores, sin que el acreedor hipotecario pierda el asiento de su garantía.

Deviene, pues, ello aplicable al caso, cuando la propia adjudicataria, a partir de la fecha de suscripción del convenio, ha asumido a su exclusivo cargo el pago del crédito con garantía hipotecaria que grava el inmueble a favor del Banco Ciudad (conforme cláusula "Primera" del convenio homologado).

En mérito a las consideraciones expuestas, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución dictada el 3 de agosto de 2020, en todo cuanto decide y fuera materia de agravios. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado, en razón de no verificarse controversia (arts. 68 y 69, Cód. Procesal). Regístrese. Notifíquese. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN (Ac. 15/2013, art. 4º, y Ac. 24/2013) y devuélvanse las actuaciones digitales a la instancia de grado. Se deja constancia de que la Vocalía Nº 30 se encuentra vacante. — *Beatriz A. Verón.* — *Gabriela M. Scolarici.*

Representación procesal

Rechazo de la pretensión orientada a tener por ratificada el acta-poder acompañada en ocasión de promover el juicio.

1.- Si lo que se intenta ratificar es el acta-poder acompañada al inicio de las actuaciones, hasta tanto tal ratificación no se lleve a cabo, el profesional que asiste a la parte actora deberá dar cumplimiento a las reglas procesales que son propias de los letrados patrocinantes en general. Según normas procesales establecidas por el Código de rito y lo dispuesto por la Corte Suprema en la ac. 31/2020, el abogado deberá ineludiblemente efectuar las presentaciones en formato digital y con firma ológrafa de parte. Sin perjuicio, obviamente, de ocurrir a la certificación notarial de la firma del actor que luce en el acta-poder, si ello fuere más conveniente para el aquí peticionante.

2.- En ausencia de poder otorgado por escribano público, se admite el otorgamiento de poder judicial en favor de un letrado, instrumentado en una carta-poder. Sin embargo, tal documento requiere de la identificación fehaciente de quien suscribe por parte de una entidad, organismo y/o persona que se encuentre facultada para tales fines (vgr. entidad bancaria, juez de paz, secretario judicial).

CNCom., sala D, 08/09/2020. - Jiménez Vega, Germán Teobaldo c. Mercado Libre S.R.L. s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/37547/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 8 de 2020.

1. El letrado que asiste profesionalmente a la parte actora apeló en subsidio la resolución dictada el 07/08/2020, mantenida mediante decisión de fecha 13/08/2020, que denegó su pretensión orientada a tener por ratificada el acta poder acompañada en ocasión de promover el juicio, o en su defecto, se lo "tenga como letrado patrocinante del actor" con facultades suficientes para litigar en su nombre.

2. Liminarmente corresponde señalar que en ocasión de promover las presentes actuaciones se acompañaron una serie de documentos, entre ellos, el acta poder de fs. 2.

Así, frente a la solicitud efectuada por el propio recurrente en el libelo de inicio (punto I.B), la juez *a quo* fijó audiencia para el día 27/02/2020 a fin de que el actor se presente en la sede del Juzgado a ratificar dicho instrumento.

El accionante, sin brindar justificación alguna, no asistió a la audiencia fijada por la magistrada de grado, y en cambio, recién el día 05/08/2020 presentó un escrito en el que hacía saber que el aislamiento social preventivo obligatorio hacía imposible cumplir con aquella manda jurisdiccional.

Ante ello, se ofreció a ratificar el acta poder en nombre de su propio cliente, y postuló que, de no ser ello admitido, se lo tuviese como letrado patrocinante del actor, teniendo por ratificado el instrumento en cuestión mediante presentación efectuada con firma electrónica.

Tales pretensiones fueron desestimadas en la anterior instancia con fundamento en que, según lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada 31/2020, el letrado debía efectuar esa presentación con firma ológrafa de su cliente.

La apelación deducida contra esa decisión concita la actual intervención de este Tribunal.

3. Definido el escenario fáctico que gobierna el caso, la Sala juzga que la decisión de grado no admite reproche. Ello es así, pues:

(a) Es sabido que, en ausencia de poder otorgado por escribano público, se admite el otorgamiento de poder judicial en favor de un letrado, instrumentado en una carta poder.

Sin embargo, tal documento requiere de la identificación fehaciente de quien suscribe por parte de una entidad, organismo y/o persona que se encuentre facultada para tales fines (vgr. entidad bancaria, juez de paz, secretario judicial).

En la especie se advierte con meridiana claridad que este era el objetivo por el cual fue fijada, frente a la petición del propio recurrente, la audiencia que debía celebrarse el día 27/02/2020 en la anterior instancia.

(b) A esa fecha, en la cual el actor debía presentarse a ratificar el acta poder en cuestión, todavía no existía el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio. En efecto, dicha medida sanitaria fue dispuesta por el Gobierno Nacional recién a partir del día 20/03/2020.

No obstante, ninguna explicación, ni antes ni ahora, brindó el quejoso para justificar la inasistencia del actor a la audiencia oportunamente fijada y que, se insiste y se remarca, fuera solicitada por el propio recurrente.

(c) El punto I.5) del anexo II de la Acordada 31/20 de la CSJN establece que "cuando la parte actúe con patrocinio letrado, este deberá realizar las presentaciones en soporte exclusivamente digital incorporando el escrito con su firma electrónica, en el marco de lo dispuesto por la acordada 4/2020... suscriptos previamente de manera ológrafa por el patrocinado".

En el caso, dado que justamente lo que se intenta ratificar es el acta poder acompañada al inicio de las actuaciones, hasta tanto tal ratificación no se lleve a cabo, el profesional que asiste a la parte actora deberá dar cumplimiento a las reglas procesales que son propias a los letrados patrocinantes en general.

Y así, en el particular, según normas procesales establecidas por el Código de rito y lo dispuesto por el Máximo Tribunal en la mencionada Acordada 31/2020, el abogado deberá ineludiblemente efectuar las presentaciones en formato digital y con firma ológrafa de parte.

Es que aun cuando la invocada Acordada 4/2020 de la CSJN dispuso que todas las piezas que sean firmadas electrónicamente por el presentante tendrían el valor de declaración jurada en cuanto a su autenticidad (punto dispositivo II), lo cierto, concreto y relevante es que la nueva Acordada 31/2020 fijó pautas específicas con relación a las presentaciones que sean efectuadas por los letrados patrocinantes. Y tales pautas son plenamente aplicables al caso, en tanto la apelación en examen fue deducida cuando la mencionada Acordada 31/2020 (de fecha 27/07/2020) se hallaba operativa.

(d) Esa misma Acordada dispuso, además, la culminación de la feria judicial sanitaria y extraordinaria; y en los artículos 4 a 6 del apartado IV del anexo II se fijaron las directrices para la celebración de audiencias, e incluso para la necesidad de apersonarse en los estrados del juzgado, teniendo en cuenta el cuidado y la integridad de la salud de los convocados. Remedios a los cuales eventualmente la parte podrá acudir a los fines de dar cumplimiento con la ratificación dispuesta en autos.

Sin perjuicio, obviamente, de ocurrir a la certificación notarial de la firma del actor que luce en el acta poder, si ello fuere más conveniente para el aquí peticionante.

Todo lo cual conduce fatalmente a la desestimación de los agravios y la confirmación del decisorio de grado.

4. Por lo expuesto, se resuelve: (a) Rechazar la apelación *sub examine*; sin costas por no mediar contradictorio. (b) Notifíquese electrónicamente, cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/2013 y 24/2013), y remítase el soporte digital del expediente —a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico— al Juzgado de origen. — *Juan R. Garibotto.* — *Gerardo G. Vassallo.* — *Pablo D. Heredia.*

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º Piso de Capital Federal, hace saber que CAIQIN XIE de nacionalidad china con DNI 93.550.156

/ 18.844.397 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos ve-

ces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 3 de marzo de 2020
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 29/09/20 V. 29/09/20