RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Año XII | Número 4 | Junio 2020

DIRECTORES:
MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

Thomson Reuters

ISSN 1852-8708

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

Thomson Reuters

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS • BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Thomson Reuters

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 1852-8708
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-222-5253

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-222-5253
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Thomson Reuters

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS • BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

Año XII | Número 4 | Junio 2020

Thomson Reuters

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTORES
MARÍA J. MÉNDEZ COSTA
(1921-2015)
CARLOS H. VIDAL TAQUINI
(1936-2016)
MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA Y DERECHO MÉDICO
SALVADOR D. BERGEL
ALBERTO J. BUERES
JOSÉ W. TOBÍAS

CONSEJO ACADÉMICO
Armando S. Andruet (h.)
Gustavo A. Bossert
Eduardo I. Fanzolato
María Susana Najurieta
José Luis Pérez Lasala
Eduardo Pettigiani
Julio César Rivera
Eduardo Roca
Eduardo A. Zannoni

ELENA HIGHTON DE NOLASCO
Titular de la Oficina de Violencia
Doméstica de la CSJN

CARMEN M. ARGIBAY
Titular de la Oficina de la Mujer
de la CSJN (1939-2014)

CONSEJO DE REDACCIÓN
María Isabel Benavente
Jorge C. Berbere Delgado
Pedro Di Lella
Francisco Ferrer
Silvia Guahnon
Lidia B. Hernández
Pedro F. Hooft
Adriana N. Krasnow
Raúl Gustavo Lozano
Jorge A. Mazzinghi (h.)
Mauricio L. Mizrahi
Analía Monferrer
Osvaldo Pitrau
Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Gabriel Rolleri
Eduardo G. Roveda
Luis Omar Salomón
Eduardo A. Sambrizzi
Vilma R. Vanella
María Silvia Villaverde

Thomson Reuters

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Ana Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

Thomson Reuters

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

Thomson Reuters

ÍNDICE

FAMILIA

DOCTRINA

Cuidado personal: régimen de convivencia de los padres separados con sus hijos
Mauricio Luis Mizrahi 5

Guarda preadoptiva: función y etapa de construcción del vínculo
María Magdalena Galli Fiant 18

Incidencia de las medidas de aislamiento en materia de cuidado personal y alimentos
María Alejandra Massano 27

Padres separados de sus hijos en plena pandemia: ¿hasta cuándo es justo?
Juan Bautista Torres López (h.) 37

Alimentos entre cónyuges convivientes en el Código Civil y Comercial
Julio Luis Gómez 43

Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias
Mariana G. Callegari - Sergio W. Cava - Juan Manuel del Castillo - Lorena Landolfi - Sandra Marelli - Máximo Musich - Lucila Pombo - María Agustina Rizzo 48

Los acuerdos familiares respecto a los niños y su eficacia extraterritorial
Luciana B. Scotti 52

Trabajar y escribir en tiempos de pandemia, con esperanza y solidaridad
Verónica Imas 67

Reflexiones en clave de derecho constitucional para una reforma en el régimen económico del matrimonio en Cuba
Nileidys Torga Hernández 72

Thomson Reuters

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PLURIPARENTALIDAD
Padre biológico. Responsabilidad parental compartida. Obligaciones del Estado. Interés superior de la niña. Sentencia sin formato rígido y tradicional 87

Filiación pluriparental y falsificación de documento público. Análisis de la sentencia desde la perspectiva del derecho privado (reconocimiento complaciente) y del derecho público (supresión y suposición del estado civil y de la identidad)
Elena Mendoza 108

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL
Régimen de recompensas. Normativa de orden público. Presunción prevista en el art. 491 del Cód. Civ. y Com. Carga de la prueba. Carácter ganancial de los bienes muebles y del pasivo por expensas 118

Cuestiones vinculadas a la liquidación de la sociedad conyugal
Alejandro F. Bosch Madariaga (h.) 123

ALIMENTOS EXTRAORDINARIOS
Actividades extraprogramáticas. Pago del viaje de egresados. Obligación que recae en ambos progenitores 127

Una cuestión recurrente: el viaje de egresados, ¿es una cuota alimentaria extraordinaria?
Jorgelina Guilisasti 128

ALIMENTOS EN LA QUIEBRA
Verificación de los alimentos adeudados de fecha anterior a la quiebra. Embargo por alimentos provisorios en el haber previsional. Facultades del juez del concurso 135

"Abuelito dime tú...". Sobre la obligación alimentaria de los abuelos a sus nietos
Juan Javier Negri 137

SUCESIONES

DOCTRINA

Herencia digital: un nuevo desafío para el derecho sucesorio
Martín Andrés Flores 143

Sobre los testamentos en época de pandemia
Mauricio Moyano 155

PERSONA

DOCTRINA

Planes *low cost* de cobertura médico-asistencial parcial de empresas de medicina prepaga. Análisis de la disp. 900/2019-SSS, la res. 1277/2019-SSS y concordantes
Martín Zambrano (h.) 165

Thomson Reuters

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RESTRICCIONES A LA CIRCULACIÓN
Adultos mayores. Inconstitucionalidad de la resolución ministerial de la Ciudad de Buenos Aires. Discriminación por edad. ... 177

Escándalo normativo: una malograda prohibición en la Ciudad de Buenos Aires
Juan Antonio Seda ... 185

IDENTIDAD DE GÉNERO
Sistema binario mujer/varón. Interpretación. Derechos humanos que le asisten a los colectivos discriminados y en situación de vulnerabilidad. Indefinición de una orientación sexual. Acto discriminatorio ... 191

Reconocimiento de identidad de género "no binaria/igualitaria". Comentario a partir de un fallo
Gabriela Yuba ... 209

VIOLENCIAS

DOCTRINA

Violencia de género y COVID-19: una mezcla doblemente letal para las mujeres
Noelia A. Barrios Colman ... 219

La violencia intrafamiliar en tiempos de pandemia COVID-19
María Florencia Puentes ... 225

El perfil psicopatológico en una relación violenta
Silvana Etchepare ... 231

LEGISLACIÓN

NACIONAL

RESOLUCIÓN CONJUNTA 2 (M.S.) y 2 (M.D.S.)
Coronavirus (COVID-19) – Aprobación de las "Recomendaciones y Medidas Específicas para Evitar la Propagación del COVID-19 en Barrios Populares y Cuidado de Adultos Mayores" ... 241

DISPOSICIÓN 3 (S.G.A.P.D.)
Protección de datos personales – Creación de la Base de Datos denominada "COVID-19 Ministerio de Salud" – Norma complementaria de la ley 25.326 y de la decis. adm. 432 (J.G.M.) ... 246

RESOLUCIÓN 1 (C.I.D.H.)
Pandemia y Derechos Humanos en las Américas ... 250

DECISIÓN ADMINISTRATIVA 703 (J.G.M.)
Coronavirus (COVID-19) – Excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio y a la prohibición de circulación, vinculadas al traslado de niños, niñas o adolescentes al domicilio del progenitor no conviviente o referente afectivo ... 261

Thomson Reuters

RESOLUCIÓN 262 (M.D.S.)
Coronavirus (COVID-19) – Ingreso de progenitores o adultos responsables en compañía de sus hijos o niños a su cargo, a comercios de cercanía habilitados para su funcionamiento 262

RESOLUCIÓN 6 (M. M. G. D.)
Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Creación del "Observatorio de las Violencias y Desigualdades por Razones de Género" 264

RESOLUCIÓN 4 (M. M. G. D.)
Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Constitución de un Consejo Federal con carácter *ad honorem* 266

RESOLUCIÓN CONJUNTA 2 (M.S.), 2 (M.J. y D.H.) y 2 (M. M. G. D.)
Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad, de Seguridad, y de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – Creación de Mesa Interministerial de trabajo para el diseño de un Programa Nacional de Abordaje Integral de las violencias extremas por motivos de género 268

CIUDAD DE BUENOS AIRES

RESOLUCIÓN 2 (M.D.H. y H.)
Plan Integral de Cuidado de las Personas Mayores en la Ciudad de Buenos Aires en el marco de la Pandemia por COVID-19. 271

RESOLUCIÓN 1 (M.D.H. y H.)
Protocolo para personas mayores de barrios vulnerables en dispositivos de resguardo de distanciamiento social 279

BUENOS AIRES

RESOLUCIÓN 135 (M.M.P.G. y D.S.)
Creación del Fondo Rotatorio denominado "Fondo Especial de Emergencia en Violencias por Razones de Género" 290

CÓRDOBA

RESOLUCIÓN 57 (M.M.)
Plan de Emergencia Humanitaria en Género y Violencia Contra la Mujer 298

DECRETO 155
Creación del Programa "PUNTO MUJER CÓRDOBA" 299

RESOLUCIÓN 36 (M.M.)
Aprobación del Plan de Contingencia presentado por la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas 301

JUJUY

LEY 6166
Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19 Coronavirus -- Ratificación del decreto-acuerdo 776-S y su Anexo I "Plan de Acción Integral de Adultos Mayores -COVID-19" con su rectificatorio dec. 782-S 305

Thomson Reuters

DECRETO 782-S

Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19 coronavirus -- Modificación del dec. acuerdo 776-S..... 305

DECRETO-ACUERDO 776-S

Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19 Coronavirus 305

Thomson Reuters

Thomson Reuters

FAMILIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Cuidado personal: régimen de convivencia de los padres separados con sus hijos

Mauricio Luis Mizrahi (*)

Sumario: I. Advertencia previa. Sujetos a quienes se aplica el régimen de cuidado personal.— II. Significado del cuidado personal.— III. Distinción entre los actos de ejercicio de la responsabilidad parental y los actos cotidianos propios del cuidado personal.— IV. Clases y modalidades de cuidado personal.— V. El cuidado personal compartido indistinto.— VI. El cuidado personal compartido alternado.— VII. La prioridad legal del cuidado personal indistinto.— VIII. Conclusiones.

I. Advertencia previa. Sujetos a quienes se aplica el régimen de cuidado personal

El presente trabajo persigue contribuir a esclarecer el *contenido*; esto es, el *significado jurídico* de los arts. 648 a 651 del Cód. Civ. y Com. que se ocupan del cuidado personal de los hijos. Ello quiere decir que dejaremos de lado la *terminología* que emplea la ley en esas normas; terminología que, en otro lugar, ya hemos calificado de *confusa y equívoca* **(1)**.

Las disposiciones referentes al cuidado personal, arriba citadas, lo que pretenden, ni más ni menos, es regular exclusivamente el *régimen de convivencia de los padres separados con sus hijos*; no otra cosa. Y, obviamente, su aplicación tiene justificación cuando se presenta o puede vislumbrarse algún tipo de *conflicto* entre los progenitores en ese punto.

¿Qué queremos decir con esta afirmación? Que dichas normas resultan superfluas o innecesarias cuando existe *plena armonía* entre los progenitores. Es que en estos casos no es indispensable la intervención judicial ni que exista una sentencia que determine la clase y modalidad de cuidado personal aplicable a los hijos. Los padres armónicos, razonables, que aborrecen las disputas, que recíprocamente despliegan una actitud de comprensión entre ellos y que su meta es el buen desarrollo de sus hijos, no tienen para nada que acudir a los preceptos apuntados.

Desde luego, respecto de estos padres —digamos ejemplares— no tiene ningún sentido que se ocupe la ley pues, de hacerlo, constituiría un *inútil dispendio* del legislador. Es que en estas situaciones no tiene asidero hablar de modalidades de cuidado personal pues tales familias no necesitan de ningún auxilio jurisdiccional. La *informalidad, el buen tino,* la *atipicidad y la imaginación* es la que seguramente reinará en esas situaciones; por lo que el derecho, aquí, no tiene lugar. Para decirlo en pocas palabras, los arts. 648 a 651 del Código no están sancionados para estos padres sino para los *otros*; aquellos en los que la controversia se verifica o está latente, en mayor o menor medida.

II. Significado del cuidado personal

Como arriba lo anticipamos, en la normativa indicada la ley solo aspira a disciplinar el

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones de la UBA. Publicó numerosos libros y trabajos en la especialidad. En 2016 recibió el Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por la publicación de su obra "Responsabilidad parental".

(1) Nos remitimos a MIZRAHI, Mauricio L., "Código Civil y Comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos", DFyP, nro. 4, mayo de 2017, p. 3, La Ley, cita Online, AR/DOC/983/2017.

Thomson Reuters

régimen de convivencia de los progenitores separados con sus hijos, ya que si de aquí nos excedemos ingresamos en otro ámbito, el del ejercicio de la responsabilidad parental que tiene una regulación *distinta,* la del art. 641 del Cód. Civ. y Com. Partiendo de esa premisa, entonces, diremos que un padre ejerce el cuidado personal de su hijo cuando —total o parcialmente— se *aloja y reside con él*; si tiene al niño *consigo* y, por ende, media la *convivencia* entre uno y otro. En tal virtud, deviene clave para que exista cuidado personal la *inmediatez física* entre padre e hijo **(2)**.

Es que toda eventual duda que se pudiere originar se despeja si nos valemos de los propios Fundamentos del Anteproyecto, los que con claridad expresan que "en caso de ruptura de la pareja (matrimonial o unión convivencial), el cuidado personal (término que reemplaza el de 'tenencia', criticado mayoritariamente por la doctrina) puede ser compartido (regla) o unilateral (excepción)".

Sin embargo, vale la pena aclarar que la palabra "tenencia" en el Código Civil derogado —a la que hace referencia los apuntados Fundamentos— debe tomarse en su sentido *puramente material*, la de convivencia madre o padre e hijo, y no con el extendido alcance —distorsionado— que también tenía cuando abarcaba el ejercicio de la responsabilidad parental.

Al respecto recordemos que el código sustituido —al menos en relación con los hijos matrimoniales— identificaba, entremezclaba o unía lo que es el ejercicio de la responsabilidad parental con lo que significaba la "tenencia", hoy cuidado personal. Repárese que se prescribía que, en los supuestos de separación de los padres, el ejercicio de la responsabilidad parental (llamado anteriormente "patria potestad") lo tenía el que "ejerza legalmente la tenencia" (art. 264, inc. 2º). El Código actual puso fin a esta anomalía.

III. Distinción entre los actos de ejercicio de la responsabilidad parental y los actos cotidianos propios del cuidado personal

Corresponde resaltar que, en el código precedente, tras la comentada identificación que se realizaba entre "ejercicio de la patria potestad" y "tenencia", se impedía tener el primero sin la segunda; o sea, que sin tenencia no había ejercicio de la llamada patria potestad; de modo que se *concentraba* uno y otra.

Un gran mérito del Código Civil y Comercial es, precisamente, *distinguir* ambos institutos; y así lo dicen los anotados Fundamentos cuando precisan: "Se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del hijo". Como bien se dijo, a nivel normativo se *desmiembra e independiza* uno de otro **(3)**.

De la manera indicada, serán pues actos de ejercicio de la responsabilidad parental todos aquellos de relevancia singular para el interés de los hijos, como decidir el tipo de educación que recibirán, su escolaridad, establecimientos a los que concurrirán, si será en jornada simple o doble, enseñanza de idiomas, práctica de deportes, viajes, colonia de vacaciones, cambios de domicilio, resolver acerca de los tratamientos médicos del niño, intervenciones quirúrgicas, etc. Como se observará, para intervenir en estos actos no será necesario que el progenitor tenga el cuidado personal del hijo. Aun poniéndonos en el caso excepcional de que un solo progenitor tenga el cuidado personal del niño, el otro necesariamente tendrá que participar —expresa o tácitamente— para la ejecución de los actos mencionados.

Serán diferentes, en cambio, los actos contemplados en el cuidado personal que, como dice el art. 648, son atinentes a la *vida cotidiana* del niño. Se tratan de los que emprende a diario un progenitor cuando tiene al hijo a su cuidado. Comprende pequeños actos de diversa ín-

(2) Ver LLOVERAS, Nora, "Tenencia de menores", en "Enciclopedia de Derecho de Familia", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, T. III, p. 719; CARRANZA CASARES, Carlos A., "La guarda como institución civil con soporte constitucional", LA LEY, 2003-F, 106.

(3) Ver MASSANO, María A., "El derecho alimentario frente al cuidado personal compartido", DFyP, mayo 2019, p. 37; BASSET, Úrsula C., en ALTERINI, Jorge H. (Director General), "Código Civil y comercial. Comentado", Ed. LA LEY, 2016, T. III, p. 630.

Thomson Reuters

dole, digamos el "día a día" del niño **(4)**. V.gr., determinar a qué hora se despertará al hijo, la vestimenta que usará, si se duchará a las noches o por las mañanas, la higiene dental, cómo se compondrá su desayuno, trasladarlos de ida y vuelta de la escuela o de una fiesta de cumpleaños, que tipo de labores o deberes realizará el progenitor con su hijo como ayuda en su escolaridad, los horarios en que podrá ver televisión o estar con la computadora, a qué hora deberá ir a dormir; etc.

Para la ejecución de ese tipo de actos, a la inversa de lo que sucede con el ejercicio de la responsabilidad parental, se requiere en la casi totalidad de los casos que *convivan padre o madre e hijo*; dado que sería inexplicable, o al menos un severo incordio, pretender llevarlos a cabo si ambos no tienen una misma residencia. Ello dicho quizás con las únicas excepciones de los traslados cotidianos (llevar y traer al niño del establecimiento escolar, conducirlos al club deportivo o a una fiesta de cumpleaños), en los que —prestando su conformidad el padre cuidador de ese día— podría concretarlos el otro progenitor.

A su vez, el régimen a aplicar a una y otra categoría de actos será *diverso.* Los actos de ejercicio de la responsabilidad parental, habida cuenta lo dispuesto en el art. 641, inc. b, corresponderán a *ambos progenitores*; cualquiera sea la clase o modalidad de cuidado personal. Por el contrario, en lo atinente a los actos cotidianos, la decisión respecto de estos pertenecerá, exclusivamente, al progenitor que está conviviendo con el hijo en el momento en que el acto en cuestión corresponda realizar **(5)**. Este criterio regirá aún respecto de los traslados cotidianos.

La diferenciación relacionada ejercerá su efecto en el sistema de oposición. Bien sabemos que, en lo que hace a los actos de ejercicio de la responsabilidad parental, teniendo en cuenta que se deciden en conjunto por los progenitores, bastará una mera oposición *extrajudicial* de uno para que el otro no lo pueda ejecutar.

El enfoque será diferente en lo relativo a los actos cotidianos. En atención a que, como lo dijimos, solo competen al padre que ejerce el cuidado personal, el otro progenitor —si a la sazón considera que el acto no es conveniente al interés del hijo— la única vía que tendrá será la *judicial;* p. ej., para plantear que el hijo, cuando pernocta con el otro padre, debe despertarse a las ocho horas y no a la seis o que debe o no tomar un jugo de frutas con el desayuno. Así deber ser para no afectar ni trabar las normales actividades diarias que se despliegan con relación al hijo.

IV. Clases y modalidades de cuidado personal

El cuidado personal, como solo es concerniente al régimen de convivencia de los hijos con los padres separados, lógicamente puede concebirse en principio —si es a través de una resolución judicial— de tres maneras: conviviendo el hijo únicamente con uno de los progenitores; residiendo el niño principalmente con un padre y secundariamente con el otro; y, en fin, contando el niño con dos residencias principales al permanecer tiempos más o menos equivalentes con cada uno. Por supuesto, en interés del hijo, no se descartan acuerdos de los padres estableciendo regímenes mixtos o atípicos, e incluso estos pueden ser materia de decisión judicial en casos justificados.

El art. 649 del Cód. Civil y Comercial distingue dos clases de cuidado personal; que lo ejerza un solo progenitor (obviamente excepcional, arts. 651 y 656) o que sea compartido. El puro cuidado personal unipersonal o unilateral, en la gran mayoría de los casos, dejó de regir en la Argentina por lo menos desde 2005; oportunidad en que, con la sanción de la ley 26.061, se impuso la regla de la *coparentalidad* (ver el punto V).

Hoy, para que podamos hablar de un cuidado personal unipersonal, será necesario que el hijo conviva con un solo padre la totalidad del tiempo, pudiendo tener con el otro contacto

(4) Ver HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T. IV, p. 330; DE LORENZI, Mariana A. - LLÓVERAS, Nora, "Cambio de residencia de los hijos menores de edad: preguntas y respuestas", Ed. LA LEY, DFyP, mayo 2019, p. 17; SIDOTTI de COUSANDIER, María E., "Pautas para establecer la cuota alimentaria a favor de los hijos menores de edad", Abeledo-Perrot, RDF, 2019-V-182.

(5) Ver BASSET, Úrsula C., ob. cit.

Thomson Reuters

—periódicos o no— siempre que no impliquen pernocte alguno. Bastará que el niño se quede regularmente con ese progenitor un solo día semanal para el régimen se trasmute a un cuidado personal compartido indistinto.

Ahora bien, el cuidado personal compartido, como su nombre lo indica en un amplio sentido, implica que —en mayor o menor medida— el hijo *alterna* compartiendo su vivienda con uno y otro progenitor; y este régimen era —ya lo dijimos— el que en la generalidad de los supuestos se venía aplicando en nuestro país (ver el punto V); aunque, en la casi totalidad de los casos, el niño tenía una residencia preferente y principal en el domicilio de uno de los padres —quien ejercía la "tenencia"— lugar en el que permanecía la mayoría de los días.

V. El cuidado personal compartido indistinto

A la luz del art. 650 del Cód. Civ. y Com., una de las modalidades posibles de cuidado personal es el "compartido indistinto". La norma lo caracteriza diciendo que "el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado".

Más allá de la poca feliz redacción de las dos últimas líneas del artículo, a las que nos vamos a referir, lo cierto es que en la primera parte del último párrafo del art. 650 se habla con toda claridad de la *residencia* del hijo "de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores"; y "residir", confrontar al diccionario de la lengua, es "estar establecido en un lugar".

Quiere decir, entonces, que lo medular en esta modalidad es que el niño se encuentra *establecido principalmente* en la residencia de uno de los padres; y en este lugar, sin lugar a duda, el hijo está su *tiempo principal.* Por lógica consecuencia, el hijo convivirá con el otro progenitor un período *menor,* teniendo allí su residencia *secundaria.* No cabe otra explicación si partimos de la base de que, como ya lo mencionamos, lo que regulan estas normas es únicamente un *régimen de convivencia,* y no otras cuestiones. Y si el objetivo es disponer un mecanismo de convivencia parece obvio que se tiene que decir de qué modo será la *convivencia* del hijo con cada padre.

Al momento de la sanción del Código Civil y Comercial la modalidad hoy denominada cuidado personal compartido indistinto era, según ya lo anticipamos, la que se aplicaba regularmente por nuestros jueces. Obsérvese que ya desde 1990 regía en nuestro país la Convención sobre los Derechos del Niño que no hacía ninguna discriminación entre los progenitores en cuanto a su deber de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas; lo que se refuerza cabalmente en 2005 con la sanción de la ley de los derechos del niño 26.061. Aquí se establece en el art. 7° que "el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos".

Al estar impuesta la *coparentalidad* en la Argentina —a nivel convencional y en el derecho interno— los magistrados, en el buen ejercicio de su función, trataron de que estos principios se hicieran realidad. Nos explicamos, en las decisiones jurisprudenciales y en los acuerdos que se celebraban con auspicio judicial, hasta agosto de 2015, aparecía formalmente en escena un padre "con la tenencia" y otro con un "régimen de visitas"; y ello debido a que seguía rigiendo la norma de que el ejercicio de la responsabilidad parental se atribuía a quien ejerciera la "tenencia" (art. 264, inc. 2º, código derogado). Sin embargo, en los hechos la situación era bien distinta.

Es que, en la mayoría de estas resoluciones y acuerdos parentales, en verdad el cuidado personal del hijo no se hallaba en cabeza de un solo padre. Lo que era claro es que aquel progenitor que ejercía la "tenencia" ostentaba el cuidado *principal* del niño y el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental, mientras que el otro padre —que en teoría contaba con un "régimen de visitas"— tenía en la práctica el cuidado *secundario* del hijo.

De la forma que lo estamos refiriendo, en el paraguas de la legislación anterior, el niño permanecía con el cuidador principal (el que ostentaba la "tenencia"), p. ej., cuatro o cinco días de la semana, y todo o parte de los días restantes con el otro padre. Así, también resultó habitual

Thomson Reuters

que los progenitores se distribuyeran entre ellos un fin de semana por medio (o el sábado con un padre y el domingo el otro); y lo mismo sucedía con las vacaciones (*v.gr.,* enero con uno y febrero con el otro). Otro ejemplo de distribución del cuidado del hijo antes de agosto de 2015, y que se repitió después con el cuidado personal compartido *indistinto*, es cuando los padres vivían en ciudades diferentes. En estas hipótesis, fue muy común (como lo es ahora) que el niño tuviera o tenga su lugar central en la ciudad donde vive uno de sus padres, cumpliendo allí todo el período escolar, y que se trasladara a convivir con el otro progenitor durante las vacaciones de verano e invierno.

Por lo tanto, nosotros decimos que el cuidado personal compartido *indistinto* es en gran medida una reproducción de los repetidos acuerdos y decisiones abundantes que conocen los tribunales, al menos cuando se sancionó la ley 26.061. Tal esquema de cuidado (o de "tenencia") diríamos que se convirtió en un criterio casi tradicional; como mínimo desde unos diez años antes a la vigencia del Código actual.

Sobre el punto, podrá comprobarse que —antes de la sanción del Código hoy vigente— los jueces observaron como un ideal que el progenitor discontinuo permaneciera con su hijo un período no menor del treinta por ciento del tiempo total. Es que no podía ser de otra manera; pues recordemos que la citada ley 26.061 provocó (al imponer y reglamentar los preceptos de la Convención Sobre los Derechos del Niño) un *vuelco de envergadura* en las relaciones de los progenitores entre sí y en las de estos con sus hijos.

Es en la inteligencia apuntada, pues, que con claridad podrá comprobarse que al disponer la ley actual que la preferencia es por el cuidado personal compartido *indistinto* (arts. 651 y 656), en la pura realidad no se produjo un gran cambio en materia de cuidado personal; desde luego, con la salvedad trascendental de que antes el ejercicio de la responsabilidad parental lo tenía en principio un padre, y ahora corresponde a los dos progenitores (art. 641, inc. *b*).

En resumidas cuentas, el elemento determinante para calificar el cuidado personal compartido *indistinto* es la cantidad de días en que el hijo permanece con uno y otro padre que, por definición, es *desigual;* contando el niño con una residencia principal (donde estará el tiempo mayor) y otra residencia secundaria (donde permanecerá un tiempo menor) **(6)**.

No obstante lo relacionado, no se nos escapa que ciertos autores, a nuestro juicio corriéndose y dejando de lado lo que constituye un régimen de convivencia de padres separados con sus hijos, quitan toda relevancia al lugar donde reside el niño en el cuidado indistinto y postulan que la nota esencial de esta modalidad es la armonía y fluida comunicación entre los progenitores; situación que permitiría —como dice el art. 650, última parte— compartir las decisiones respecto de los hijos, realizar en común los actos cotidianos y distribuir equitativamente las labores atinentes a su cuidado, sin someterse a pautas rígidas **(7)**.

(6) La caracterización del cuidado personal compartido indistinto, tal como se precisa en el texto, la realizan AZPIRI, Jorge O., "Derecho de familia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª edición, ps. 410 y ss.; BASSET, Úrsula C., ob. cit.; PELLEGRINI, María V., en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 499; MIGUEZ de BRUNO, María S., en RIVERA, Julio C.- MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación", comentario al art. 648, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2014; MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 369 y ss.; ROTONDA, Adriana E., "El cuidado personal compartido como regla preponderante en las sentencias", DF, 2017-IV-121; SCBA, causa nro. 120.208, 21/12/2016, "I., L. J. c. L. P., S. D. s/ Incidente de tenencia", ED, 25/04/2017, nro. 14.168; CNCiv., Sala C, 7/08/2017, "D. J. L. c. G. G. E", s/ tenencia de hijos", LA LEY, 9/11/2017, p. 7, cita Online AR/JUR/70846/2017; id. Sala B, 13/09/2018, "G., J. y Otros c. F., P. D. s/ alimentos", LA LEY Online AR/JUR/45223/2018; Juz. de Familia, 2ª Nom., Córdoba, 11/03/2019, "A., R. D. y otro s/ solicita homologación", LA LEY, cita Online AR/JUR/33087/2019; id. id., 12/03/2019, "G. C., G. F. S. c. P., E. J. s/ tenencia", LA LEY, cita Online AR/JUR/5442/2019; Civ. Com. Lab. y Minería, Gral. Pico, La Pampa, 20/10/2016, "A. c. B. s/ incidente de modificación de tenencia", en DF, 2017-IV-121 y elDial.com AA9BFC; Trib. Familia, Formosa, 14/04/2016, "B., L. F. c. S., S. B. s/ medida cautelar", DFyP, nro. 06, julio de 2017, p. 110, cita Online AR/JUR/107785/2016; CCiv. Com. y Laboral Curuzú Cuatiá, 6/07/2018, "J, R. A. c. L., J. M. s/alimentos", LL Online AR/JUR/34876/2018.

(7) Ver HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L., director, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. IV, ps. 337, 340 y 342; LEONARDI, Juan M., "El tiempo de resi-

Thomson Reuters

Para nuestro criterio, las mentadas aserciones —armonía familiar, compartir decisiones y distribuir labores equitativamente— no constituyen más que expresiones de deseos del legislador y, por ende, no son elementos distintivos de las modalidades que se regulan. Repárese que en cualquiera de ellas el objetivo perseguido por la ley es que ambos padres se involucren en la educación de sus hijos y colaboren en la medida de sus posibilidades **(8)**. Además, ya hemos dicho que si hay plena armonía entre los progenitores carece de sentido para ellos la regulación legal (remitimos al punto I).

Asimismo, las palabras "compartir decisiones" —que contiene el último párrafo del art. 650— genera la duda a qué actos se refiere. Si se alude a los actos de ejercicio de la responsabilidad parental, estaríamos ante una inclusión *impropia* porque nos saldríamos del ámbito del cuidado personal contemplado en los arts. 648 y ss.; ello sin perjuicio de destacar que, en cualquier modalidad, tales actos se tienen que ejecutar con la conformidad de ambos padres.

A su vez, si pretendemos que esas "decisiones" indicadas en la ley aluden solo a los "actos cotidianos" (ver el punto III), nos trasladaremos inevitablemente a la convivencia progenitor-hijo; y ello porque los hechos nos indican que tales actos cotidianos los lleva a cabo un solo progenitor, el que tiene al hijo consigo. Ya hemos hecho alusión a que parece en principio incomprensible, o en todo caso constituiría un severo inconveniente, que el otro padre pueda ejecutar esas acciones, que por lo general ocurren *dentro de la vivienda* del niño, sin encontrarse en ella.

En otros términos, no creemos que se ajuste a la realidad la afirmación de que los actos cotidianos (despertar al hijo en las mañanas, prepararle el desayuno, la higiene bucal, intervenir en las prendas que se ha de poner, etc.) se compartan o se realicen simultáneamente por ambos progenitores —como si estuvieran conviviendo— dado que el hecho mismo de vivir los padres en residencias diferentes prácticamente impide que tales actos —o al menos su gran mayoría— se puedan concretar no compartiendo padre e hijo la misma vivienda. Reparemos que cuando un progenitor reside con su hijo, está *ausente* el otro.

Es por eso que, el tema de las funciones parentales, lejos de ser una cuestión distintiva entre las modalidades, por lo regular tienen lugar de *igual manera* en ambas, tipos de cuidado compartido; sea el indistinto o alternado. Es que, en uno y otro, en la gran mayoría de los casos, los progenitores se *distribuyen alternativamente* las tareas atinentes al niño según quien lo tenga alojado en su residencia.

Agreguemos que si la relación entre los padres es tan admirable donde ni siquiera se nota que se encuentran separados, pudiendo cada progenitor ingresar al domicilio del otro sin reparo alguno, para ocuparse también de los actos cotidianos respecto del hijo común, entonces se trataría de una *familia ideal* que, por lo tanto, estaría *fuera* de la regulación legal; sencillamente porque no necesitaría de ella ni del auxilio de los jueces (remitimos al punto I).

En definitiva, el ideal (como se dice) de "compartir" funciones con el hijo común respecto a los actos cotidianos, si llega a presentarse, serían casos muy excepcionales; propio de padres ejemplares donde la *pura armonía*, colaboración mutua, comprensión y solidaridad de un progenitor con el otro se presenta en todo su esplendor. Se tratan, a nuestro juicio, de planteos *imaginativos*, por supuesto muy bien intencionados, pero *reñidos con la realidad.* Medio siglo de trabajo profesional —tanto en el ejercicio de la abogacía como en la magistratura— así nos permiten certificarlo.

En lo que hace a la "distribución equitativa de labores" (que indica la norma) —una expresión de deseos del legislador— pensamos tal vez que se haya insertado en este tipo de cuidado personal como una suerte de *contrabalanceo*; vale decir, dejar aclarado que, aunque el hijo permanezca con un padre mayor tiempo que con el otro (que es lo que distingue a la modalidad), no autoriza a ninguno de ellos a retacear su colabo-

dencia del menor con los progenitores y los alimentos en supuestos de cuidado personal compartido", LLLitoral, febrero de 2019, p. 5, cita Online AR/DOC/1902/2018; DUPRAT, Carolina, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director General), "Código Civil y Comercial Explicado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, T. II, p. 246.

(8) Ver, con idéntico criterio, BASSET, Úrsula C., ob. cit.

Thomson Reuters

ración. Es que este deber de colaboración también se exige al progenitor cuando se atribuye el cuidado unilateral al otro padre (art. 653, último párrafo).

Los comentaristas a los que estamos haciendo mención señalan, como lo especificamos, que la armonía familiar y la fluida comunicación entre los progenitores resultan indispensables para que tenga lugar la modalidad indistinta. No compartimos esa conclusión. Es que si fuera así esta modalidad de cuidado no podría ser otorgada por los tribunales en gran parte de los casos; vale decir, en las familias judicializadas en la que se verifica un alto voltaje de conflictividad y en donde la armonía familiar y la fluida relación suele estar *ausentes.* Es que en ese escenario complejo de controversias está prácticamente anulada la posibilidad de adoptar decisiones en conjunto y de acordar una distribución de tareas.

Lo que acabamos de precisar nos parece de un *peso concluyente.* Lo aclaramos: si la armonía, la interacción fluida y la toma de decisiones en común entre los padres, como se pregona, fuera un elemento de distinción de la modalidad indistinta, estaríamos ante un planteo teórico *desmentido por la realidad judicial*. Efectivamente, nótese que esa modalidad de cuidado indistinto —al estar priorizada por el Código (arts. 651 y 656)— es la que en un porcentaje altísimo establecen los jueces en sus sentencias **(9)**.

(9) Ver, entre tantos otros, los siguientes pronunciamientos que otorgaron el cuidado personal compartido indistinto sin que haya mediado en esos casos armonía ni contacto asiduo entre los progenitores: SCBA, 21/12/2016, causa nro. 120.208, "I., L. J. c. L. P., S. D. s/ Incidente de tenencia", ED, 25-4-2017, nro. 14.168; CNCiv., Sala C, 7/08/2017, "D. J. L. c. G. G. E", s/ tenencia de hijos", LA LEY, 9/11/2017, p. 7, cita Online AR/JUR/70846/2017; id. Sala B, 13/09/2018, "G., J. y Otros c. F., P. D. s/ alimentos", LA LEY Online AR/JUR/45223/2018; Juz. de Familia, 2ª Nom., Córdoba, 11/03/2019, "A., R. D. y otro s/ solicita homologación", LA LEY, cita Online AR/JUR/33087/2019; id. id., 12/03/2019, "G. C., G. F. S. c. P., E. J. s/ tenencia", LA LEY, cita Online AR/JUR/5442/2019; Civ. Com. Lab. y Minería, Gral. Pico, La Pampa, 20/10/2016, "A. c. B. s/ incidente de modificación de tenencia", DF, 2017-IV-121 y elDial.com AA9BFC; Trib. Familia, Formosa, 14/04/2016, "B., L. F. c. S., S. B. s/ medida cautelar", RDFyP, nº 06, julio de 2017, p. 110, cita Online AR/JUR/107785/2016; CCiv., Com. y Laboral Curuzú Cuatiá, 6/07/2018, "J, R. A. c. L., J. M. s/alimentos", LL Online AR/JUR/34876/2018.

Entonces, si por hipótesis esa ideal postura —que nosotros no aceptamos— se la entendiera como plenamente válida, resultaría que en un importante número de causas los tribunales estarían dictando *fallos erróneos*, pues se aplicaría el cuidado personal indistinto a pesar de la falta de concordia y paz familiar entre los progenitores. Sinceramente, nos cuesta creer que se produzca tan grosera y genérica equivocación en el manejo jurisdiccional.

En suma, debe comprenderse que el cuidado personal hace referencia exclusivamente al *régimen de convivencia del hijo* porque, si nos excedemos y prescindimos de considerar el lugar de residencia del niño, ingresamos en otra órbita; la que corresponde al ejercicio de la responsabilidad parental, entorno donde sí es cierto que no se tiene en cuenta en qué lugar convive el hijo.

Estimamos indispensable brindar claridad al tema para no ingresar en un terreno confuso. Resulta terminante el art. 648 del Código en el sentido de que es en el ámbito del *cuidado personal* donde tienen lugar los *actos cotidianos*; como ser, lo reiteramos, decidir los momentos en que el hijo verá televisión, cuándo realizará las tareas escolares, qué desayunará y a qué hora lo hará, etc. (ver el punto III). Y estos actos cotidianos, por su propia naturaleza, están asociados —necesariamente— a la *convivencia* del hijo con cada progenitor **(10)**.

VI. El cuidado personal compartido alternado

Ya dijimos en el punto IV que, más allá de las situaciones intermedias o híbridas que puedan prestarse en algunos casos, tres son las posibilidades de cuidado personal. Nos hemos ocupado de dos —el cuidado unilateral y el compartido indistinto— y nos queda lo que la ley denomina "cuidado alternado" (art. 650 del Código). Nos permitimos hacer esta introducción para resaltar que, si la ley establece distintas modalidades, lo lógico es que ellas tienen que ser *diferentes.*

Tal como lo venimos sosteniendo —que la regulación del cuidado personal consiste en establecer, en sus distintas clases y modalidades, un régimen de convivencia de los hijos con los

(10) Ver, en igual sentido, BASSET, Úrsula C., ob. cit.

Thomson Reuters

padres separados— también en el cuidado alternado, como no podía ser de otra manera, el *elemento distintivo* es el *lugar donde reside el niño.* Y la norma del art. 650, primera parte, nos dice que en esta modalidad "el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores". La ley hace mención de que esos períodos de tiempo serán "según la organización y posibilidades de la familia". Reiteramos que no es nuestra intención en este trabajo ocuparnos de la terminología **(11)**, pero ello no es óbice para señalar aquí —ya lo hemos dicho— que las palabras que emplea el legislador lejos están de ser precisas y claras. No obstante, esa confusión y ambigüedad en los términos que contienen los preceptos legales, nos parece claro que —si hablamos de otra modalidad— esta no puede ser igual a la anterior desarrollada, ya que si fueran iguales la clasificación carecería de sentido.

El cuidado compartido alternado, en consecuencia, significa —a diferencia del cuidado compartido indistinto— que el hijo reside *períodos más o menos equivalentes o semejantes* con cada uno de sus progenitores, sin que por supuesto se exija una igualdad matemática. V.gr., cuando se parte la semana en dos (la mitad con cada padre) o una semana con cada cual, o un mes o seis meses con uno, y períodos más o menos semejantes con el otro, etc. **(12)**. En todas estas situaciones, el hijo ya no tiene una residencia principal y otra secundaria (como sucede con el compartido indistinto) sino *dos residencias principales.*

Al menos tres razones conllevan a esta conclusión. Una, es que así como "tenencia" equivale a "cuidado personal" (lo dicen los Fundamentos del Anteproyecto), también lógicamente podríamos decir que la "tenencia compartida", vigente en la jurisprudencia antes de la sanción del Código actual **(13)** (entendida como la permanencia del hijo tiempos similares con cada padre), significa el "cuidado alternado" del art. 650, primera parte, del Cód. Civil y Comercial, ya que un criterio de *sentido común* nos conduce a esa afirmación. Es que precisamente esta modalidad —la de compartir el hijo períodos similares de tiempo con cada progenitor— es la *única* que *residualmente* nos quedaría pendiente si descartamos el cuidado unilateral y el compartido indistinto.

Otra razón que estimamos importante para postular que el cuidado compartido alternado comporta que el hijo tiene un similar *tiempo de* convivencia con cada uno de los padres, es la redacción que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial impuso al art. 666; más allá de que después, erróneamente, el Parlamento modificara su texto **(14)**. Obsérvese, como dato

(11) Respecto a la cuestión exclusivamente terminológica, remitimos a MIZRAHI, Mauricio L., "Código Civil y Comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos", LA LEY, DFyP, Nro. 4, mayo de 2017, p. 3, cita Online, AR/DOC/983/2017.

(12) Califican al cuidado personal compartido alternado del modo indicado en el texto; esto es, que el hijo reside con cada progenitor tiempos equivalentes, PITRAU, Osvaldo F., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación, comentario al art. 666", Ed. LA LEY, 2014; BASSET, Úrsula C., ob. cit.; SIDOTTI de COUSANDIER, María E., "Pautas para establecer la cuota alimentaria a favor de los hijos menores de edad", DF, 2019-V-182; MIGUEZ de BRUNO, María S., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial...", ob. cit.; GONZÁLEZ de VICEL, Mariela A., "Reversión del sistema de cuidado: conflictos entre adultos que impactan en el principio de coparentalidad y lo desplazan", Abeledo Perrot, DF, 2019-IV-173; RÍOS, Juan P. - SQUIZZATO, Susana M., "Algunas reflexiones sobre los alimentos y el cuidado personal", en JA, 17/07/2019, p. 9, 2019-III, fasc. 3; SOLARI, Néstor E., "Derechos de las familias", Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2017, ps. 659 y ss.; BELLUSCIO, Claudio A., "Cuidado personal del hijo (tenencia) según el nuevo Código Civil y Comercial", Ed. García-Alonso, Buenos Aires, 2016, ps. 46 y ss.; AZPIRI, Jorge O., "Derecho de familia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª edición, ps. 410 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad Parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 436 y ss.; SCBA, 5/02/2007, LLBA, 2008-50, cita Online AR/JUR/8025/2007; CNCiv., Sala B, 28/11/2007, LA LEY, 2008-B-29; id. id., 13/09/2018, "G., J. y Otros c. F., P. D. s/ alimentos", LL Online AR/JUR/45223/2018; C2ª, Civ. y Com. La Plata, 6/08/2019, "T. L. N. c. G. M. V. s/ cuidado personal de los hijos", ED, 29/11/2019, nro. 14.765; CCiv., Com. y Laboral Curuzú Cuatiá, 6/07/2018, "J, R. A. c. L., J. M. s/alimentos", LA LEY Online AR/JUR/34876/2018.

(13) Un desarrollo detallado de cómo se entendía la "tenencia compartida" antes de la sanción del Código Civil y Comercial, la realizamos en MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 436 y ss.

(14) Lo erróneo de la modificación legislativa al art. 666 se comprueba con las resoluciones judiciales; las cuales hacen caso omiso al agregado inserto por el Congreso Nacional; de manera que solo no se hace lugar a

Thomson Reuters

concluyente, que *únicamente en la modalidad alternada* se vedaba en el Anteproyecto un reclamo alimentario recíproco si los recursos de los padres eran equivalentes.

¿Y por qué no se habilitaban las demandas alimentarias con ingresos semejantes de los padres? La respuesta no puede ser otra que porque en el cuidado alternado se verifica una equivalencia en el tiempo que el hijo pasa con cada progenitor; de manera que, estando también igualados los ingresos, estas acciones carecían de justificación. Evidentemente, esto no sucede con el cuidado indistinto en el cual surge como viable un pedido de alimentos a pesar de los recursos paritarios; y el sustento de estas demandas es que representa para el progenitor una *carga distinta* tener al hijo consigo cinco días que dos días; o sea, un tiempo de permanencia *desigual* que es precisamente la característica de la modalidad indistinta. Podemos afirmar sin dubitación, así, que tal convivencia *desigual* es la que abre el camino al reclamo alimentario.

Una tercera razón, por último, que nos convence que el cuidado alternado constituye en esencia una distribución paritaria de los padres de los tiempos que están con el hijo, es que esta modalidad no se haya determinado por la ley como primera alternativa; es decir, que no sea la preferida por el Código Civil y Comercial (arts. 651 y 656). Al respecto, son conocidas las discusiones que se han presentado en la doctrina nacional e internacional acerca de si resulta o no conveniente que, de un modo genérico, se otorgue tal tipo de cuidado personal (ver el punto VII).

A pesar de lo desarrollado, alguna doctrina niega que la equivalencia en los tiempos en la residencia de uno y otro progenitor constituya un elemento definitorio de la modalidad que analizamos. Se afirma que lo que caracteriza al cuidado alternado es la permanencia del hijo tiempos considerables con cada padre —bloques temporales de residencia— y en donde los llamados actos cotidianos se "distribuyen" entre los progenitores; y no los "comparten", como —según se menciona— acontece en el cuidado personal indistinto **(15)**.

No adherimos a la mentada posición. En cuanto a que una característica de la modalidad es la permanencia de tiempos extensos con cada progenitor —como sería, p. ej., que uno y otro padre estuvieran radicados en ciudades diferentes— la creemos inadecuada, pues no sabríamos dónde encasillar los casos de padres que, residiendo en una misma ciudad en lugares muy cercanos, comparten su vida con el hijo una semana cada uno o dividiendo la semana en dos. A este caso no le podríamos atribuir la calificación de cuidado "indistinto", pues el niño aquí no residiría de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, como lo exige el art. 650, segunda parte. Es que, si se pretendiera que el hijo, en estos supuestos de permanencias similares, debe tener su principal residencia donde se aloja un padre, es muy probable que aconteciera el inmediato cuestionamiento del otro.

Por lo demás, adviértase la paradoja: es justamente la *proximidad de residencias* uno de los tantos requisitos que se exigen para que el tiempo del niño pueda distribuirse por mitades entre uno y otro padre; y ello a fin no afectar su ámbito espacial y social **(16)**. Vale decir, que los supuestos que dimos —p. ej., que el hijo permanezca una semana con cada padre teniendo ambos cercanía de domicilio— sería quizás un *ejemplo típico que justificaría otorgar de cuidado compartido alternado*.

Si la residencia igualitaria del niño con cada padre no es una nota distintiva del cuidado alternado, como se dice, véase la situación que es dable producir en las hipótesis en las cuales,

reclamos alimentarios cuando acontece la doble igualdad; la de ingresos y la de permanencia del hijo con cada progenitor (Ver CCiv. y Com., Salta, sala II, 10/04/2019, JA, 26/02/2020, p. 99 (2020-I-fascículo 9); ST Corrientes, 13/02/2019, RDF, 2019-V-178, Cita Online AR/JUR/321/2019.

(15) Ver HERRERA, Marisa, ob. cit.; LEONARDI, Juan M., "El tiempo de residencia del menor con los progenitores y los alimentos en supuestos de cuidado personal compartido", LLLitoral, febrero de 2019, p. 5, cita Online AR/DOC/1902/2018; VIDO, Martina, "El cuidado personal compartido como corolario del principio de igualdad y no discriminación", RDF, 2020-I, p. 86, cita Online AR/DOC/3982/2019.

(16) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 454 y 455, jurisprudencia allí citada.

Thomson Reuters

claramente, el hijo permanece un tiempo mayor con un progenitor (v.gr., cinco días) que con el otro (dos días), ¿lo podríamos catalogar de cuidado alternado? Si la respuesta es afirmativa sin duda ingresamos en un cono de sombras por la confusión que se originaría con el cuidado indistinto.

Estimamos también equivocado sostener que el cuidado alternado queda restringido a los casos en que el padre y la madre del niño residen en lugares distantes; digamos en ciudades diferentes. Sin perjuicio de que, como dijimos arriba, la *proximidad geográfica* es uno de los requisitos que suele recomendarse para que se pueda otorgar el cuidado alternado, acontecería además una anomalía. Pongamos el caso que el hijo permanece diez meses en la ciudad de Salta, lugar donde está asentado y cursa su escolaridad, y dos meses en Buenos Aires, en los períodos vacacionales.

Así las cosas, en el ejemplo citado, conforme a la corriente que cuestionamos, deberíamos calificar impropiamente de alternado un supuesto típico de cuidado indistinto a la luz del art. 650, segunda parte, que nos impone como condición de esta última modalidad contar con una residencia principal en el domicilio de alguno de los padres ¿Acaso podríamos decir en el supuesto imaginado que el niño no tiene su residencia principal en Salta donde vive diez de los doce meses del año? Nos parece que la respuesta *negativa* es la que se impone; o sea, estimamos inverosímil postular que ese hijo no tiene en verdad su residencia principal en la mencionada ciudad norteña.

Es posible observar que algunos de los autores antes referidos mencionan como un ejemplo de cuidado alternado un fallo de la jurisdicción nacional en el que se dispuso a otorgar la "tenencia compartida alternada" a un caso en que el niño se quedaba en Perú en el tiempo que cursaba la escuela, y en Argentina "durante los períodos de receso escolar" **(17)**.

Con sinceridad, nos parece un error mencionar a la sentencia apuntada como un ejemplo de cuidado compartido alternado en los términos del art. 650, primera parte, del Cód. Civ. y Com. Comencemos por decir que se trata de un pronunciamiento de 2010; esto es, de cinco años antes de sancionarse el actual Código. A tenor de la legislación vigente en esa época, la única razón por la cual el tribunal confiere la "tenencia compartida alternada" es para eludir la aplicación del art. 264, inc. 2º, del Código derogado, que confería el ejercicio de la entonces llamada "patria potestad" de los hijos matrimoniales a aquel que "ejerza legalmente la tenencia".

Entonces, conf. a la jurisprudencia reinante en esa época, solo confiriendo la "tenencia compartida alternada" (que constituía una verdadera excepción) se lograba que ambos progenitores tuvieran el ejercicio de la responsabilidad parental. Claro está, a la Sala interviniente le pareció razonable que, durante todo el período vacacional, el padre pudiera contar también con dicho ejercicio; y ahí hallamos la explicación del fallo.

Estamos convencidos que si este caso, de modo idéntico, se presentara en la actualidad, el mismo tribunal interviniente dispondría otorgar el cuidado personal *indistinto*, y no el alternado, ya que es más que obvio que la *residencia principal* del hijo se hallaba en el Perú, a la luz del art. 650, segunda parte; lugar donde el niño permanecería de *nueve a diez meses* durante el año. Al par, estaba asegurado por la ley que el progenitor también aquí en Buenos Aires tendría el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (art. 641, inc. b]).

Tampoco los actos cotidianos, en fin, constituyen un tamiz que permita diferenciar ambas modalidades de cuidado personal, según se "compartan" o "distribuyan" funciones los progenitores. Remitimos a lo que desarrollamos en los puntos III y V respecto a cuáles son esos actos, e insistimos aquí que, sin residir con el hijo, es prácticamente imposible compartir la conducción de tales actos cotidianos, pues sucede que si un progenitor está conviviendo con su hijo está *ausente* el otro. Es por eso por lo que

(17) Ver CNCiv., Sala H, 31/05/2010, La Ley Online AR/JUR/25737/2010. La cita de este fallo la realizan HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L., director, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. IV, p. 337; y LEONARDI, Juan M., "El tiempo de residencia del menor con los progenitores y los alimentos en supuestos de cuidado personal compartido", LLLitoral, febrero de 2019, p. 5, cita Online AR/DOC/1902/2018.

Thomson Reuters

el tema de las funciones parentales, lejos de ser una cuestión distintiva entre las modalidades, por lo regular tienen lugar de *igual manera* cualquiera sea el tipo de cuidado compartido; el indistinto o el alternado. Es que, en uno y otro, en la gran mayoría de los casos, los progenitores se *distribuyen alternativamente* las tareas atinentes al niño según quien lo tenga alojado en su residencia. Esa es la realidad, más allá del planteo teórico de situaciones ideales.

En síntesis, podríamos decir como colofón que el cuidado personal está inevitablemente ligado a la *residencia del hijo* y nos parece desatinado, y ajeno a lo que es un régimen de convivencia (arts. 648 a 651), pretender deslindar uno de la otra.

VII. La prioridad legal del cuidado personal indistinto

El Código Civil y Comercial, decididamente, ha marcado su preferencia por el cuidado personal compartido indistinto. Dos normas se ocupan de ello. El art. 651 nos dice que "el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo". A su turno, el art. 656 precisa: "Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan (de parentalidad), el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado".

No debe llamar la atención la mencionada preferencia legal. El tema del cuidado alternado —que regularmente es entendido como decimos nosotros; esto es, compartir cada progenitor por mitades el tiempo del niño— no constituye una cuestión pacífica, sino que ha desatado severas controversias y diversos puntos de vista, con posturas dispares acerca de si benefician o no a los hijos.

En efecto, desde una perspectiva, se alzan los que defienden el sistema de cuidado alternado. Se afirma que tal régimen permite neutralizar en gran medida uno de los efectos negativos emergentes de la quiebra de la convivencia, como es el sentimiento de "pérdida" que, con las otras modalidades, son susceptibles de acontecer. El mayor acercamiento de cada padre con los hijos alcanza su plenitud, precisamente, con el cuidado alternado; dado que la extensa permanencia de tiempo con el hijo conlleva a que ambos progenitores se encuentren más al tanto de las diarias necesidades de sus hijos, obteniendo así una mejor consustanciación con estos. Por otra parte, esta modalidad permitiría una actuación pareja y equitativa de los padres, aligerando las cargas de cada uno de ellos, a la par que se correlacionaría más con el intercambio de roles propio de la época actual **(18)**.

Por el contrario, diversos fallos y autores se han resistido a admitir de un modo general el cuidado alternado de los hijos; y ello con el sustento de que tal régimen no se compadece con el principio de estabilidad o continuidad que rige respecto de los niños. Se entendió que dicha modalidad provocaría una dispersión en el proceso de formación del hijo; y que este sufriría una lesión a su seguridad al no tener un punto de referencia estable y pasar frecuentemente de mano en mano. Se adicionó que la educación de los hijos torna indispensable una unidad de dirección y no ambigüedad en las consignas **(19)**.

(18) Ver CCivFCap., 5/08/1946, LA LEY, 43-752; CNCiv, Sala B, 20/08/76, Rep. ED, 11-694; id., Sala I, 19/12/1996, LA LEY, 1997-C, 558; BOSSERT, Gustavo A.- ZANNONI, Eduardo A., "Manual de derecho de familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 393 y 394, § 457; WAGMAISTER, Adriana, "Coparentalidad en el divorcio", en ZANNONI, Eduardo A.- FERRER, Francisco A. M. - ROLANDO, Carlos H. (coords.), "Derecho de familia", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 200; YARKE, María del Carmen, "Un derecho del menor: la tenencia compartida", LA LEY, 1993-A, 1038; RABINOVICH, Silvia B., "La tenencia compartida, una alternativa ante el divorcio de la pareja con hijos", LA LEY, 1992-A, 532; GROSMAN, Cecilia P., "El proceso de divorcio", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1985, p. 134; ARIANNA, Carlos, "Régimen de visitas", DF, nro. 2, p. 119; OPPENHEIM, Ricardo - SZYLOWICKI, Susana, "Partir o compartir la tenencia", DF, nro. 5, p. 73.

(19) Ver CCiv. 2aCap., 6/05/1941, LA LEY, 22-957; CNCiv., Sala A, 6/04/1972, LA LEY, 149-599, 30.025-S; id., Sala B, 23/02/77, Rep. ED, 12-601; id., Sala C, 10/11/1958, LA LEY, 94-157; id., Sala D, 31/08/1982, LA LEY, 1983-C, 256; id., Sala E, c. 266.167, 23/12/1980; id., id., 9/12/1983, LA LEY, 1984-D, 679, 36.704-S; id., id., 3/05/1984, ED, 110-635; id., Sala G, 27/04/1989, ED, 133-535. Ver, también, BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1945, T. II, p. 277; BORDA, Guillermo A., "Tratado. Familia", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 512, nro. 596; MAZZINGHI (h.), Jorge A., CARPINETI DE HUGHES, Rosa, "La ruptura matrimonial

Thomson Reuters

Creemos que en el asunto no se deben realizar apreciaciones indiscriminadas. Tal vez, la tesis opuesta al cuidado alternado tenga cierto asidero cuando se trata de *hijos pequeños*. Es que, desde el ángulo psicoanalítico, se ha destacado que el corte de la continuidad afectiva, espacial y social puede llegar a ser nefasta para el infante que, convertido en un "hijo-juguete" —o "hijo-mochila" con traslados permanentes de un lugar a otro **(20)**—, es susceptible de que sufra un resentimiento en su estructura. Además, se señaló el riesgo de desarrollar en el pequeño un "temperamento pasivo", con peligro de que pierda el gusto por la iniciativa y se lesione su creatividad **(21)**.

En igual sentido, se concluyó que, con la residencia alternada, los hijos de poca edad resultan perturbados ya que estos necesitan *continuidad* no solo en su relación con los adultos sino también en la permanencia en un lugar, y a falta de esa continuidad sobreviene la angustia de la separación, con conductas de apego excesivo **(22)**.

Como quiera que sea, nos parece que, en principio, el cuidado alternado no debe ser mirado desfavorablemente, al menos, cuando los hijos han adquirido cierta madurez; digamos que alcanzaron los doce o trece años. La experiencia indica que en esos supuestos no surgen reparos de consideración. De todos modos, es evidente que habrá que considerar, sin preconceptos, cada caso en particular y la situación específica del niño afectado; que no tiene que ser necesariamente igual a la de otro niño de la misma edad envuelto en similar trance. Por estos motivos, un hito central en la decisión respectiva será el contacto del tribunal con el niño o adolescente durante el desarrollo del proceso, así como también la intervención interdisciplinaria **(23)**.

Por todo lo expuesto creemos muy acertada la decisión del Código de otorgar prioridad a la modalidad indistinta que, como lo dijimos en el punto V, ya se venía aplicando por los tribunales en la mayoría de los casos; de manera que, para nuestro criterio, una cuestión de *prudencia* condujo a legislador a inclinarse por la apuntada modalidad. Empero, lo muy destacable y positivo de la ley actual es que se encuentra debidamente regulado el cuidado personal alternado (art. 650, primera parte) y, por ende, a disposición de los judicantes para acudir a esta figura en todas las situaciones que así lo ameriten.

VIII. Conclusiones

A mérito de lo precedentemente desarrollado, arribamos a las siguientes conclusiones:

a) El cuidado personal tiene lugar cuando un progenitor, total o parcialmente, se *aloja y reside* con su hijo. Es decir, lo tiene al niño consigo y, por lo tanto, media *convivencia* entre uno y otro.

b) Los arts. 648 a 651 del Cód. Civ. y Com., que se refieren al cuidado personal, regulan *exclusivamente un régimen de convivencia* de los padres separados con sus hijos; lo que obliga, en el análisis de estas normas, a tener a dicha convivencia como un elemento esencial y diferenciador. De lo contrario, si prescindimos de esta pauta clave, ingresamos en otro ámbito, el

y la importancia de ajustar la función paterna a una nueva realidad", ED, 158-1006; GOWLAND, Alberto J., "Existe la tenencia compartida en nuestro derecho", LA LEY, 1983-C, 255; GUASTAVINO, Elías P., "Régimen de visitas en el derecho de familia", JA, 1976-I-654; LUNA SERRANO, Agustín, en LACRUZ BERDEJO, José L., "El nuevo régimen de la familia", Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 263; STILERMAN, Marta N., "Menores. Tenencia. Régimen de visitas", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, ps. 137, 139, 162 y 168; MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, T. III, p. 171.

(20) Ver HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia E. (Colaboradoras), "Manual de Derecho de las Familias", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 629.

(21) Ver DOLTO, Françoise, "Cuando los padres se separan", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1989.

(22) Ver BELLUSCIO, Augusto C., "La residencia alternada de los hijos de padres separados", JA, 2014-III-8 y 9, y los autores especializados allí citados.

(23) Ver DOLTO, Françoise, "Cuando los padres...", ob. cit., p. 72. Respecto a que para admitir o no el cuidado personal alternado no es posible acudir a parámetros o criterios generalizados, ver CNCiv., Sala F, 14/02/2002, ED, 200-279; BÍSCARO, Beatriz R., "Tenencia compartida (una decisión acertada)", JA, 2002-II-668; HOLLWECK, Mariana - MEDINA, Graciela, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares", LLBA, 2001-1434; LUNA SERRANO, Agustín, en LACRUZ BERDEJO, José L., "El nuevo régimen de la familia", Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 263.

Thomson Reuters

del ejercicio de la responsabilidad parental, que se encuentra regulado por un sistema diferente (art. 641 del citado Código).

c) Deben distinguirse los actos de ejercicio de la responsabilidad parental, que requieren de la conformidad expresa o tácita de *ambos* progenitores, de los actos cotidianos propios del cuidado personal, que competen, con *exclusividad,* al padre que está conviviendo con su hijo en la oportunidad en que tales actos se ejecutan.

d) El cuidado personal unilateral o unipersonal, que es de carácter excepcional (arts. 651 y 656 del Código), se presenta cuando el niño convive con un solo progenitor la totalidad del tiempo, pudiendo tener con el otro contacto —periódicos o no— siempre que no impliquen pernocte alguno.

e) En el cuidado personal compartido indistinto el hijo reside principalmente en el domicilio de uno de sus progenitores, donde pasa el tiempo mayor, y tendrá su residencia secundaria en la vivienda del otro padre, en la que permanecerá un tiempo menor. Se trata de un *régimen general* que los jueces deben otorgarlo como *primera alternativa* a los progenitores separados (arts. 651 y 656, Código citado), cualquiera sea, en principio, el grado de conflicto y se verifique o no entre esos padres una comunicación o relación más o menos fluida.

f) En el cuidado personal compartido alternado el hijo reside períodos más o menos equivalentes o similares con cada uno de sus progenitores, contando entonces el niño con dos residencias principales. Para que pueda configurarse esta modalidad los tiempos del hijo con los progenitores pueden ser amplios o reducidos, siempre que sean paritarios; por lo que no se exige como requisito que el niño permanezca con uno y otro padre bloques de tiempo extensos.

g) Tanto en el cuidado personal indistinto, como en el alternado, los progenitores, salvo honrosas excepciones, no comparten en común funciones parentales respecto de los actos cotidianos, sino que estos se los *distribuyen alternativamente* según quien sea el padre que lo tenga alojado en su residencia. Es que si un progenitor está conviviendo con su hijo por lo regular está *ausente* el otro.

h) La prioridad que el legislador ha otorgado al cuidado personal indistinto ha sido una decisión acertada y prudente; habida cuenta que tal modalidad —con más o menos alcance— ya se venía aplicando por los tribunales argentinos en la mayoría de los casos antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

i) La decisión de regular expresamente el cuidado personal alternado constituye una medida altamente positiva, pues otorga al juez una herramienta muy valiosa que le permite hacerla valer según cuáles sean las circunstancias del caso.

Thomson Reuters

Guarda preadoptiva: función y etapa de construcción del vínculo

María Magdalena Galli Fiant (*)

Sumario: I. La guarda con fines de adopción.— II. La guarda con fines de adopción como función.— III. La guarda con fines de adopción como etapa.

I. La guarda con fines de adopción

La guarda con fines de adopción está prevista en el Código Civil y Comercial como el paso posterior a la Declaración judicial de situación de adoptabilidad. Se determina por la sentencia que designa a una persona o una pareja matrimonial o convivencial para asumir tareas de cuidado de uno o más niños/adolescentes con miras a su futura adopción, y debe ser discernida por el mismo magistrado que declaró la situación de adoptabilidad.

La guarda preadoptiva es provisional por definición y su plazo no puede exceder de seis meses. En ese período el objetivo principal es la consolidación de la relación familiar que culminará en la sentencia de adopción, con el emplazamiento de adoptado/s y adoptante/s como hijos y progenitores, con efecto retroactivo a la fecha de otorgamiento de la guarda.

La tarea profesional en ámbitos directamente vinculados con la guarda preadoptiva nos ha permitido la inmersión de una realidad compleja, que en el diseño legal pasa desapercibida. Es importante traer a la superficie algunas de esas complejidades desde una mirada jurídica, que no puede desligarse de los aportes de otras disciplinas. Para ellos proponemos el siguiente recorrido: en primer lugar, considerar la guarda con fines adoptivos como función, y, en segundo término, analizarla como etapa en la vida de niños, adolescentes y adultos que intentan formar una familia.

II. La guarda con fines de adopción como función

II.1. Alcances de la guarda preadoptiva

El legislador no dedica ninguna norma a la regulación de las funciones, derechos y deberes de los guardadores preadoptivos, que carecen aún de un emplazamiento como progenitores, pero no son extraños en la vida de estos menores de edad encomendados a su cuidado.

En efecto, si bien no ejercen todas las funciones inherentes a la responsabilidad parental, deben contar con las facultades necesarias para el cuidado cotidiano y atención integral del niño o adolescente, ya que el vínculo filial se encuentra en camino hacia su determinación. Y les pesan los deberes y responsabilidades correlativos. Así, aunque no está previsto expresamente, la obligación alimentaria queda comprendida en los deberes de cuidado hacia este menor de edad que tienen la voluntad de adoptar.

Tal vez las razones de esta ausencia de regulación legal, que si encontramos para otras figuras como la guarda judicial y la delegación de la responsabilidad parental **(1)**, están en la pretendida brevedad del período, y a que esa vinculación

(*) Abogada especialista en Derecho de Familia. Directora del Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de Santa Fe. Profesora titular de Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Codirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia FCJS-UNL.

(1) Sobre las atribuciones, deberes y derechos de los guardadores judiciales y delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental remitimos a nuestro trabajo Responsabilidad parental: delegación y guarda, Microjuris, 22/06/2016, Cita: MJ-DOC-9922-AR | MJD9922.

Thomson Reuters

se desarrolla en el contexto de una intervención judicial que la contiene.

Para suplir el vacío legal, puede recurrirse a la aplicación analógica del art. 657, Cód. Civ. y Com. que define las funciones del guardador judicial con claros alcances: tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana. Y agrega en el art. 104, 3° párrafo, que la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en este caso el guardador es su representante legal en todas las cuestiones de carácter patrimonial. En definitiva, si la resolución judicial nada agrega, las funciones del o de los guardadores con fines adoptivos se circunscriben al cuidado y decisiones sobre la vida cotidiana, ya que la función de representación legal debe ser conferida por el juez expresamente. En cambio, no admite aplicación analógica la última parte del art. 657, Cód. Civ. y Com. que mantiene en cabeza de los progenitores los derechos y responsabilidades emergentes de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, porque la designación de guardadores preadoptivos supone la firmeza de la sentencia que declara la situación de adoptabilidad del hijo, con las consecuencias sobre las funciones parentales que reseñamos en el apartado II.2.

Durante el lapso de la guarda preadoptiva, aunque sea breve, pueden suscitarse dos tipos de situaciones problemáticas que desnudan la escasez de normas regulatorias. Por un lado, aquellas situaciones en la vida del niño/adolescente que los guardadores no pueden afrontar solos porque carecen de atribuciones suficientes (iniciar una acción legal en su representación, tramitar algún beneficio en su favor, autorizarlo a salir del país, autorizar un tratamiento médico de riesgo, etc.). En estos casos, el juez interviniente puede habilitarlos para ejercer la representación u otorgar las autorizaciones necesarias. En una segunda categoría ubicamos todas las situaciones de crisis en la vinculación entre los guardadores preadoptivos y los niños/adolescentes, que a menudo culminan en una frustración del proyecto adoptivo. Cuando esto sucede, son los magistrados los que deben imponer remedios para moderar consecuencias de la ruptura **(2)**.

II.2. En busca de la coherencia del sistema: la responsabilidad parental y la adopción

En el apartado anterior señalamos la falta de normas sobre las funciones de los guardadores preadoptivos. Por el contrario, sí encontramos normas referidas a la responsabilidad parental de los progenitores de origen, cuando sus hijos ya no están bajo su cuidado por disposición de la autoridad competente —administrativa o judicial— con miras a su adopción. Las situaciones y los alcances de las modificaciones sobre la responsabilidad parental son diversos:

II.2.a. Niños o adolescentes separados de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales

Según el art. 702, inc. c) del Cód. Civ. y Com., el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure la convivencia del hijo con un tercero. Recordemos que la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental consiste en la restricción en el desempeño de algunas funciones de los progenitores en virtud de circunstancias que lo imposibilitan. No está concebida como una sanción, sino como la consecuencia inevitable del obstáculo al ejercicio. Es temporal, porque el ejercicio queda suspendido mientras dure esa circunstancia.

(2) La subsistencia del deber alimentario de los ex guardadores ha sido un tema profusamente abordado a raíz de varios pronunciamientos judiciales que ordenaron el pago de cuotas alimentarias por la frustración de la guarda preadoptiva y de guardas judiciales encaminadas a la adopción. Ver la sentencia de la CCiv. y Com. de San Martín, sala I, 29/09/2015, "L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas", DFyP, 2016-1, 04/02/2016, 51; LA LEY, 15/02/2016, con nota de Basset, Úrsula C. Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿responsabilidad civil o alimentos?; DELLI QUADRI, Priscilla, "Alimentos a favor de los niños en una adopción frustrada, en vista del nuevo Código Civil y Comercial", ED, boletín del 04/02/16, p. 6; ÁLVAREZ, Atilio, Responsabilidad civil por frustración de guardas preadoptivas, ED, boletín del 04/02/16, p. 1, GIANNI, Paula, "El interés superior del niño en los procesos de adopción. Responsabilidad de los pretensos adoptantes frente a una ruptura intempestiva de la guarda preadoptiva", Ed. LA LEY, DFyP, abril 2017, p. 135, y nuestro trabajo titulado "Alimentos por frustración de la guarda", LA LEY, 2016-E, 442, entre otros.

Thomson Reuters

¿Cuándo se configura el caso y qué relación tiene con la guarda con fines adoptivos? Se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores de origen cuando se ordena la convivencia del hijo con un tercero como consecuencia de una medida excepcional, según el régimen de la ley nacional nro. 26.061 de Protección Integral de niñas, niños o adolescentes o las leyes provinciales que prevén medidas análogas **(3)**. Dada la situación que se tiene en cuenta para tener por suspendido el ejercicio, se trata de una suspensión que alcanza al único progenitor o a ambos; nunca podría pensarse, como sí sucede en las demás causales del art. 702 del Cód. Civ. y Com., que solo uno de ellos resulte alcanzado por la suspensión.

La norma legal llena el vacío de los regímenes especiales, que no daban solución a la aparente coexistencia de la responsabilidad parental con las atribuciones del Estado a través de los órganos administrativos de protección y el control de legalidad judicial. Así, durante la vigencia de una medida excepcional en virtud de la cual el niño o adolescente vive con un tercero, se produce un cambio en la relación familiar que justifica que el ejercicio de las funciones parentales se restrinja a la espera de la resolución definitiva de la medida.

El fin de la medida exige la resolución judicial de la situación del niño o adolescente. Si se decide que regrese a convivir con su o sus progenitores, el ejercicio de la responsabilidad parental se restablece. En caso contrario, "... se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente", como prescribe el art. 703 del Cód. Civ. y Com.

Como regla, el tercero con quien convive el niño o adolescente sujeto a una medida de protección excepcional no es el futuro guardador preadoptivo. Será un miembro de su familia ampliada, un referente afectivo, una persona o familia elegida en el marco de programas de familias solidarias o de acogida, o una Institución pública o privada conveniada con el Estado. Es decir, terceras personas que cumplen roles de cuidado, encomendados por el órgano administrativo de protección, con carácter transitorio. Excepcionalmente, cuando el interés del niño o adolescente lo justifica y siempre que se cumpla con los requisitos legales de fondo y de forma, puede fundarse la elección de esa persona o pareja como guardadores con fines de adopción, supuesto este que solo mencionamos y no abordaremos en extenso en el presente trabajo **(4)**.

II.2.b. La declaración de situación de adoptabilidad del hijo

Según el art. 700, inc. d) del Cód. Civ. y Com., la declaración de la situación de adoptabilidad del hijo priva de la responsabilidad parental a sus progenitores de origen.

La privación de la responsabilidad parental es la sanción impuesta por sentencia firme al progenitor que ha incurrido en alguna de las conductas enumeradas por la ley. Esta definición responde a la tradicional concepción de la privación como el más grave reproche legal al mal desempeño del progenitor. Sin embargo, la enumeración de supuestos del art. 700 del Cód. Civ. y Com., y más precisamente la inclusión del supuesto que nos interesa (el d) no permite mantener el carácter sancionatorio que le es propio, porque la declaración de situación de adoptabilidad no necesariamente es consecuencia de una conducta lesiva de los derechos del hijo imputable a los progenitores, como sí lo son las otras que enumera el art. 700 del Cód. Civ. y Com.

La solución legal en torno a la declaración de situación de adoptabilidad y la privación de la responsabilidad parental es muy peculiar. Por un parte, a la declaración de adoptabilidad, cuyo objeto es determinar la situación jurídica del niño o adolescente y no juzgar la conducta de sus progenitores, la ley le asigna efectos análogos a la sentencia de privación propiamente dicha (art. 700, inc. d]). Y a la inversa, a la sen-

(3) Sobre la situación de los niños o adolescentes en estos supuestos ver nuestro trabajo titulado "La voz de niños y adolescentes sujetos a una medida de protección excepcional", Ed. LA LEY, DFyP, Año 3, nro. 11, diciembre 2011, p. 58.

(4) Ver, entre otros, el fallo del Trib. Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, del 07/09/2016, en autos "L., A. s/ guarda preadoptiva y su conexo L., A. E. sobre adopción", Revista del Código Civil y Comercial, abril 2017, p. 123.

Thomson Reuters

tencia de privación de la responsabilidad parental le otorga equivalencia con la declaración judicial de situación de adoptabilidad (art. 610 del Cód. Civ. y Com.). Consideramos que ninguna de las soluciones es la adecuada. Y no lo planteamos solo desde la corrección técnico—jurídica, sino también desde el plano de la operatividad de las normas.

¿Cuáles son los alcances razonables de esta pretendida equivalencia entre la privación de la responsabilidad parental y la situación de adoptabilidad del hijo? Si la conducta del único progenitor o de ambos progenitores encuadra en alguno de los amplios supuestos del art. 700, incs. a), b) y c) del Cód. Civ. y Com., y el cuidado del hijo no puede quedar a cargo de un familiar o referente afectivo bajo la figura de la guarda o de la tutela, ese niño o adolescente puede ser declarado en situación de adoptabilidad. Esta solución guarda coherencia también con el art. 607, penúltimo párrafo del Cód. Civ. y Com.: "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela, y tal pedido es considerado adecuado al interés de este".

Nada obsta a que ambas decisiones —la privación de la responsabilidad parental y la declaración de la situación de adoptabilidad— recaigan en un mismo proceso, siempre que se respeten las reglas procesales propias de cada uno.

II.2.c. La adopción del hijo por un tercero como causal de extinción de la titularidad de la responsabilidad parental

El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores con respecto a sus hijos menores de edad se justifica en la necesidad de orientación y acompañamiento de estos, hasta que alcancen la adultez y asuman en forma autónoma el pleno ejercicio de sus derechos.

Las causas de extinción enumeradas en el art. 699, Cód. Civ. y Com. incluyen supuestos en los cuales la función cesa por la situación vital del hijo (mayoría de edad, emancipación o muerte) junto a otros en los que la conclusión de la función para el o los progenitores exigirá la designación de otra/s persona/s hasta la mayoría de edad o emancipación de los hijos. En esta última categoría de causales aparece la adopción.

Según el art. 699, inc. e) la adopción, tanto plena como simple, extingue la responsabilidad parental, quedando abierta la posibilidad de que se la restituya por la revocación o nulidad de la adopción. La revocación solo es posible en caso de adopción simple cuando opere como consecuencia de haber incurrido el adoptante en una causal de indignidad (art. 629, inc. a) **(5)**, mientras que la nulidad puede operar por sentencia judicial tanto en caso de adopción simple como plena (art. 634 y ss.). En cualquiera de estos casos, el restablecimiento de la responsabilidad parental no será automático, sino que operará por decisión judicial, previa evaluación de las circunstancias del caso y el mejor interés del niño o adolescente **(6)**.

A nuestro criterio, esta causal de extinción no se condice con la secuencia de resoluciones judiciales que culminan con la sentencia de adopción. En efecto, antes de arribar al emplazamiento adoptivo —salvo en los casos excepcionales de la adopción de integración o de la adopción de mayores de edad— debe haberse dictado una sentencia que declara la situación

(5) Esta es la única causal de Revocación que se puede producir durante la menor edad del adoptado.

(6) Cuando se trate de adopción de integración, que se configura por la adopción del hijo del cónyuge o de aquel con quien el progenitor mantiene una unión convivencial (art. 620 in fine), no se extingue la responsabilidad parental del progenitor de origen, sino que, a partir de la adopción, este y su cónyuge o conviviente adoptante la ejercerán conjuntamente. Esta solución legal, que se suma a otras novedades sobre los efectos de la adopción de integración viene a superar la oscuridad de las normas del Código Civil t.o. ley 24.779. Uno de los mayores defectos era la falta de previsión de las funciones parentales que correspondían al cónyuge adoptante junto con las que conservaba el padre/madre de origen del niño o adolescente adoptado. Existía una sola mención al respecto, contenida en el artículo 331 dentro de los efectos de la adopción simple: "Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y el usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge". El Código Civil y Comercial abandona el criticado tipo adoptivo simple forzoso, y se dispone expresamente que siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

Thomson Reuters

de adoptabilidad, y otra que designa a una persona o pareja como guardadores con fines adoptivos. Incluso, la sentencia que cierra el proceso de adopción —proceso en el que los progenitores de origen no son partes— tienen efectos retroactivos a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción (art. 618, Cód. Civ. y Com.).

Creemos que la solución más adecuada sería la de tener por extinguida la responsabilidad parental con la sentencia firme que declara la situación de adoptabilidad. La nuestra es una propuesta *de lege ferenda*, que implica suprimir el inc. d) del art. 700 —declaración de situación de adoptabilidad como causal de privación de la responsabilidad parental— y reemplazar el inc. e) del art. 699, Cód. Civ. y Com.

Vislumbramos una posible crítica: la solución no sería correcta porque el hijo quedaría sin titular de la responsabilidad parental entre la declaración de situación de adoptabilidad y la sentencia de adopción. Y aportamos una respuesta coherente dentro del sistema: lo mismo sucede si los progenitores han sido privados de la responsabilidad parental por sentencia firme o en caso de muerte de estos; queda un período de vacancia hasta tanto se dé el emplazamiento de nuevos progenitores adoptivos, con efecto retroactivo al día de la sentencia de guarda (art. 618, Cód. Civ. y Com.).

Desde el punto de vista de la operatividad de las normas sobre cuidado y protección del niño o adolescente, dejar subsistente la titularidad de la responsabilidad parental tras la declaración de la situación de adoptabilidad es sostener en cabeza de los progenitores de origen una función totalmente vaciada de contenido.

III. La guarda con fines de adopción como etapa

III.1. Las normas legales sobre guarda con fines de adopción

El Cap. 3 del Título 6 del Libro Segundo del Código Civil y Comercial está dedicado a la guarda con fines de adopción, en cuatro artículos —del 611 hasta el 614—.

El Capítulo comienza con la prohibición de la entrega directa mediante escritura pública o acto administrativo, y de la entrega directa en guarda por parte de cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. El tema, de sumo interés y dinamismo en la doctrina y en la jurisprudencia, escapa a los propósitos del presente trabajo, por lo que no abstenemos de analizarlo aquí.

El art. 612, bajo el título "Competencia" dispone: "La guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad". La prevé como el paso inmediato posterior a la Declaración de situación de adoptabilidad y pone la decisión en cabeza del mismo magistrado. Con este nuevo diseño procesal incorporado por el Código Civil y Comercial la dinámica del proceso ha cambiado radicalmente. En efecto, salvo el caso excepcional de la guarda solicitada por quien acredite un vínculo de parentesco con el/los progenitores del niño o adolescente (arg. art. 611, 2° párrafo, Cód. Civ. y Com.) **(7)** no caben más demandas de guarda con fines de adopción promovidas por los pretensos adoptantes, sino guardas resueltas de oficio. El art. 612 se complementa con el inc. c) del art. 609, según el cual la sentencia que declara la situación de adoptabilidad "debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción".

La elección del guardador está regulada por el art. 613: "El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en

(7) No desconocemos la existencia de voces en la Doctrina, como la de Mizrahi, que interpreta que los parientes de los progenitores que invoquen la preexistencia de una guarda de hecho o entrega directa pueden solicitar la tutela, pero nunca la adopción, por la prohibición general del art. 611, Cód. Civ. y Com. Ver MIZHARI, Mauricio L., Niños en guardas de hecho y judiciales. Interpretación equívoca del artículo 611 del Código Civil y Comercial, Editorial LA LEY, DFyP, 2019 (septiembre), p. 3.

Thomson Reuters

el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea. Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deberá tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes, su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente. El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

Finalmente, el art. 614 dispone que, cumplidas las medidas para la elección del guardador, el juez dicta sentencia de guarda con fines de adopción, y señala un plazo máximo de guarda que no puede exceder de los seis meses.

A modo de resumen, las disposiciones legales determinan: a) *los sujetos que intervienen*: el magistrado, que elige y designa al o a los guardadores con fines adoptivos; el Registro de aspirantes que selecciona y remite los legajos de los postulantes a la guarda; la autoridad administrativa de protección de derechos de niños y adolescentes que también tiene alguna participación en la selección y elección entre los postulantes; el adoptando —niño o adolescente— que debe ser citado y escuchado en cuanto a la elección según su edad y grado de madurez, mientras que los aspirantes no tienen previsto un rol activo; b) *los tiempos de la intervención*: la remisión de legajos, elección de aspirantes y designación como guardadores con fines adoptivos parece ser una sucesión de actos que se cumplen en brevísimo lapso —no más de diez días posteriores a la declaración de situación de adoptabilidad para que se remitan los legajos, e inmediato para el discernimiento de la guarda—.

La naturaleza de esta etapa jurisdiccional ha dado lugar a diversas posiciones en la Doctrina, aunque en palabras del legislador se trata de un *proceso de guarda con fines de adopción* (art. 609, inc. c]).

Medina sostiene que el régimen de adopción del Cód. Civil y Comercial propone cuatro procesos diferenciados, los dos primeros que tienden a la declaración de adoptabilidad, uno administrativo y otro judicial, mientras que los dos procesos posteriores son el de guarda y el de adopción. Señala que la guarda con fines de adopción tiene un doble sentido pues "comprende tanto el proceso por el cual los pretensos adoptantes solicitan que un niño, niña o adolescente les sea entregado en guarda con el objeto de adoptarlo con posterioridad como el estado en que se encuentra aquel niño desde que es entregado judicialmente a los futuros adoptantes hasta que les es concedida la adopción", y agrega que también tiene un doble objeto: cautelar porque tiene finalidad tuitiva de la persona del niño, y constitutivo porque da nacimiento a una nueva situación jurídica que será antecedente de la adopción **(8)**.

Krasnow identifica dos procesos: la declaración de situación de adoptabilidad y el juicio de adopción, y una figura provisoria: la guarda con fines de adopción **(9)**, coincidiendo con la opinión de Herrera, para quien el Código Civil y Comercial ha eliminado el carácter de proceso autónomo que tenía la guarda preadoptiva desde la reforma de la Ley 24.779, y solo la prevé como un "iter direccionado a la obtención de la sentencia de adopción, trámite al que sí reconoce el carácter de juicio autónomo" **(10)**.

Por nuestra parte, sostenemos que la determinación del vínculo adoptivo se lograr tras recorrer tres etapas procesales: la declaración de situación de adoptabilidad, la guarda con fines de adopción y el juicio de adopción, cada uno con sus propias reglas.

(8) MEDINA, Graciela, "La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2, Rubinzal-Culzoni editores, p. 465 y ss., ratificado en MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo G, "Derecho de Familia", Abeledo Perrot, 2016, ps. 622 y ss., y 639.

(9) KRASNOW, Adriana N., "Tratado de Derecho de Familia", obra colectiva coordinada por la autora mencionada. Ed. LA LEY, 2015, Tomo III, p. 571 y ss.

(10) HERRERA, Marisa, en KEMELMAJER de CARLUCCI — HERRERA - LLOVERAS (directoras), "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo III, p. 344.

Thomson Reuters

Más allá de la posición que se sostenga para la calificación de esta instancia procesal que consiste en elegir y designar a una persona o pareja para que asuma el cuidado de un niño o adolescente con miras a su adopción, lo cierto es que el legislador la ha regulado como una etapa breve e inmediata, como una actividad jurisdiccional de simple ejecución. Pero la práctica demuestra que no es así.

III.2. El complejo camino hasta la guarda con fines de adopción

Tiempo atrás dedicamos un trabajo al *encuentro* entre el niño y su adoptante a lo largo de la evolución legal en nuestro país **(11)**. Llamamos *encuentro* a la vía a través de la cual un niño o un adolescente queda al cuidado de una persona o pareja que aspiran a constituirse en progenitores por adopción.

Como hemos dicho más arriba, tras la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com., ese *encuentro* se produce en el ámbito jurisdiccional, cuando el magistrado que declaró la situación de adoptabilidad elige y designa guardadores con fines adoptivos. Sabemos que no es el único escenario posible, pues el *encuentro* se dará fuera del marco del proceso en los casos especiales que habilitan la adopción por integración, la adopción de mayores de edad y la adopción por parte de parientes de los progenitores de origen, pero nos centramos en este supuesto, que es la regla. Y es aquí donde queremos poner de manifiesto las complejidades que acarrea la designación de guardadores preadoptivos.

III.2.a. La etapa recorrida por el niño/adolescente

Los niños y adolescentes en condiciones jurídicas de encontrar guardadores con fines adoptivos vienen de recorrer una etapa administrativa/judicial compleja. Desde que son separados de su familia de origen en virtud de una medida de protección excepcional dispuesta por la autoridad administrativa de protección integral hasta que se declara judicialmente la situación de adoptabilidad, tienen que haberse desarrollado algunas o todas estas instancias: el proceso administrativo de adopción de la medida, su control de legalidad, sus —frecuentes— prórrogas, posibles trámites administrativos y judiciales por recursos contra las medidas **(12)**, decisiones sobre la aplicación de sistemas de acogimiento familiar o institucional, procesos de vinculación con miembros de la familia de origen o algún referente afectivo, entre otras. Y durante todas ellas, además de las autoridades intervinientes en la toma de decisiones, múltiples actores resultan involucrados en la vida de estos menores de edad cuya situación jurídica aún está en la incertidumbre —profesionales de los equipos técnicos del órgano administrativo, de los equipos del poder judicial, profesionales y empleados de las Instituciones de acogimiento y grupos familiares designados como familias solidarias—.

Por eso, como alguna vez dijimos, los tiempos de los niños en la adopción no son solo los tiempos del proceso judicial, sino todo el período de sus vidas que transcurre entre la separación de sus familias de origen y el encuentro con los adoptantes. Para ellos, sin dudas se trata de un *proceso* recorrido, que deja sus huellas **(13)**.

III.2.b. La selección y remisión de legajos

Hemos destacado ya que el legislador prevé la selección y remisión de legajos por parte de los Registros de Aspirantes a guarda con fines adoptivos, por orden judicial ejecutable inmediatamente después de la sentencia que declara la situación de adoptabilidad. Por una fuerte voluntad legislativa de inmediatez, se oculta la posibilidad de que esa sentencia sea recurrida por los progenitores y que el cumplimiento de esos actos procesales sin solución de continuidad (sentencia y pedido de remisión de legajos) no se pueda cumplir. Así, hasta tanto la declaración de situación de adoptabilidad adquiera

(11) Remitimos al trabajo titulado El encuentro entre el niño y su adoptante, Microjuris, 28/08/2015, cita MJ-DOC-7370-AR | MJD7370.

(12) La falta de acceso al asesoramiento letrado de la familia de origen, no solo conspira contra las mínimas garantías constitucionales, sino que obstruye —por presentaciones tardías o carentes de rigor técnico jurídico— la toma de decisiones definitivas sobre la situación de niños y adolescentes.

(13) Sobre este tema, ampliamos en nuestro comentario a fallo "Los tiempos de los niños", DJ, Boletín del 15/02/2015, p. 21.

Thomson Reuters

firmeza, deberán mantenerse o readaptarse las decisiones sobre el acogimiento institucional o familiar del niño o adolescente que sigue a la espera de encontrar a sus adoptantes.

La selección de legajos por parte de los Registros no es una tarea automática. No basta con realizar una búsqueda cuantitativa, según la disponibilidad adoptiva de los aspirantes en cuanto a edad, sexo, aceptación de grupos de hermanos y otros datos tabulados. La búsqueda con esos parámetros rígidos solo arroja un primer resultado, delimita un universo de aspirantes, a veces extenso, otras limitado a uno o dos legajos. El paso siguiente es cualitativo, y se refiere a una apreciación profunda de las características y necesidades de este niño, adolescente o grupo de hermanos en particular, que no se descubre con el solo dato de su edad, sexo o estado de salud. Para ello, es indispensable que el Registro cuente con información actualizada sobre el niño/adolescente, generalmente aportada por la autoridad administrativa que ha trabajado en la protección de sus derechos.

En situaciones especiales, pero no por ello poco habituales, como la de niños mayores, adolescentes, grupos de hermanos, o niños/adolescentes con alguna discapacidad, el universo de aspirantes se contrae, y a menudo ninguno de los inscriptos en el Registro local presenta una disponibilidad adoptiva acorde. Allí se abre la nueva búsqueda, se pone en funcionamiento la red de Registros que nuclea la DNRUA, con el pedido de colaboración a los Registros de las demás Provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con mayor frecuencia que la deseada, los pedidos de colaboración también arrojan resultados negativos y a partir de allí se plantean nuevos caminos en procura de aspirantes. Las Convocatorias Públicas son una alternativa.

Cuando se trata de grupos de hermanos, por razones fundadas, se puede evaluar la posibilidad de separarlos y hallar guardadores diferentes que se comprometan a mantener y fomentar el contacto entre ellos. Hay situaciones concretas que pueden aconsejar su guarda en cabeza de distintas familias, como el hecho de estar separados desde hace mucho tiempo —dentro del sistema de acogimiento institucional o familiar—, tener necesidades diversas, o requerir alguno de ellos de un cuidado especial y personalizado. En otros casos, se llega a esas soluciones tras el fracaso en la búsqueda de aspirantes en condiciones de asumir la crianza de grupos numerosos. En cualquier caso, el hallazgo de esos dos o más aspirantes o parejas de aspirantes exige profundizar en otra aptitud más: la de favorecer el contacto entre sus hijos adoptivos y sus hermanos de origen incorporados a otras familias. Una vez más, se destaca que el hallazgo de aspirantes es un verdadero proceso en el sentido de actividad que se desarrolla en el tiempo.

Finalmente, una vez que el Registro local, dentro de su nómina de aspirantes o tras el pedido de colaboración lanzado a nivel nacional, encuentra uno o más legajos con disponibilidad adoptiva acorde a las características y necesidades del niño/adolescente, puede encontrarse con la negativa de los aspirantes a que su legajo sea presentado ante ese caso concreto.

III.2.c. La elección de legajos y la vinculación previa a la sentencia de guarda preadoptiva

La elección del/de los guardador/es se encuentra regulada en el art. 613, al que ya hicimos referencia **(14)**. Pero también este acto jurisdiccional, aparentemente simple e inmediato, exige en la mayoría de los casos transitar por un proceso de vinculación previa a la designación como guardadores con fines de adopción.

Salvo excepciones —bebés o niños de muy corta edad, existencia de una relación previa, etc.— la selección del/de los aspirante/s por parte del juez no puede implicar automáticamente el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Porque resolver la designación de una persona o pareja como responsables del cuidado de un niño o adolescente requiere de una etapa razonable de vinculación, un trabajo

(14) No hay un procedimiento previsto en el Código Civil y Comercial para la elección entre los legajos presentados por el Registro de Adoptantes. Salvo en las Provincias que lo tienen regulado en sus normas procesales, cada magistrado decide la forma de llegar a esa decisión, revisando todos los legajos y entrevistando solo a aquellos que considera elegibles, entrevistando a todos para luego tomar una decisión, o incluso pidiendo más legajos si los enviados por el Registro, a su criterio, no reúnen las condiciones necesarias. La Provincia de Entre Ríos lo tiene regulado en la Ley Procesal de Familia, arts. 105 y ss.

Thomson Reuters

más o menos arduo según la situación vital de ese niño, la de los aspirantes, otras circunstancias no subjetivas, como el lugar de residencia del niño y el domicilio de los aspirantes, entre otras. Pensar que la elección que haga el magistrado —como si fuese un ser infalible y omnisciente— se puede ejecutar inmediatamente mediante una investidura de los elegidos como guardadores preadoptivos es desconocer la complejidad de las relaciones humanas. Si dudas tendrá que transitarse también aquí un *proceso* —no en términos técnicos procesales— para llegar al dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción.

En la etapa de vinculación, en forma gradual e implementando distintas estrategias, el niño y los aspirantes empiezan a conocerse, a veces con encuentros mediados por profesionales de los equipos técnicos, luego solos, ensayando experiencias de estadías breves hasta que las condiciones estén dadas para concretar la convivencia. Y en este nuevo proceso los protagonistas son los niños/adolescentes y los futuros guardadores, pero hay muchos otros actores involucrados con mayor o menor injerencia: los profesionales del órgano administrativo, los del Registro de adoptantes, los profesionales del juzgado, y también las familias solidarias o Instituciones que los alojan mientras se define la guarda preadoptiva. Tres son las reglas que deben respetarse en este proceso: la progresividad, el acompañamiento permanente —de niños y adultos—, y la coordinación entre los equipos intervinientes.

Las vinculaciones pueden fracasar. Por razones atribuibles a los aspirantes, a los niños/adolescentes, a otras circunstancias ajenas a ellos, muchos menores de edad pasan por dos o más vinculaciones hasta encontrar una familia adoptiva, así como muchos aspirantes tienen que recorrer varios caminos de frustraciones hasta la concreción de la adopción.

III.2.d. La sentencia de guarda con fines adoptivos como fin de un proceso

En los párrafos precedentes mencionamos —sin pretensiones de profundidad y de modo descriptivo— algunas de las instancias vitales que niños, adolescentes y aspirantes suelen recorrer antes de la sentencia de guarda con fines de adopción. Que la identifiquemos como mera figura, como proceso o como etapa de un proceso no le resta densidad a este complejo y a menuda extenso devenir hasta el dictado de la resolución judicial.

La voluntad legislativa de agilizar los tiempos de la adopción es loable. La construcción de un proyecto familiar entre extraños que se encuentran y desean ser familia no siempre puede encorsetarse en moldes estándar. El trabajo coordinado, sensible y responsable de todos los actores —protagonistas y secundarios— es la única vía protectora, a pesar del tiempo.

Thomson Reuters

Incidencia de las medidas de aislamiento en materia de cuidado personal y alimentos

María Alejandra Massano (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El cuidado personal de los hijos en el Código Civil y Comercial.— III. El marco legal de la emergencia sanitaria en nuestro país.— IV. Precisiones en torno a la aplicación de las excepciones a la libre circulación de niños, niñas y adolescentes entre sus progenitores.— V. La problemática de los alimentos.— VI. El escenario a futuro.

I. Introducción

El mundo entero está siendo víctima de uno de los peores flagelos sufridos en los últimos siglos: la expansión del virus COVID-19, conocido como coronavirus, que ya ha afectado a cientos de países y ha superado el millón de contagiados en todo el planeta.

Las autoridades sanitarias son unánimes en recomendar una serie de modificaciones en nuestro modo de vivir y relacionarnos, a través de restricciones en los derechos de la ciudadanía, las cuales impactan directamente en el desenvolvimiento de las relaciones familiares sin ninguna duda, tal como describiremos a lo largo del presente.

Estamos frente a una situación de fuerza mayor, donde se encuentran involucrados derechos de raigambre superior como la vida y la salud de todas las personas que autoriza y obliga al Estado a disponer las restricciones necesarias.

No creemos que la finalización del sistema de emergencia implementado por el dec. 297/2020, sus sucesivas prórrogas y reglamentaciones, cierre las discusiones aquí planteadas. Es muy probable que tengamos a lo largo de desarrollo de esta terrible pandemia nuevos escenarios como el ya vivido, que pongan en vigencia nuevamente disposiciones como las aquí desarrolladas, o escenarios similares.

Es por ello por lo que el análisis del marco regulador y los principios que emanan de él deben analizarse con criterio de actualidad, más allá del devenir de cada decreto o resolución aquí analizada.

Análisis que servirá para el presente escenario y para los futuros, y como criterio rector para cualquier situación de emergencia de estas características que se pueda presentar.

Es la primera vez que nos enfrentamos con estos dilemas desde el marco del derecho de familia, pero probablemente no sea la última, por ello resulta fundamental poder echar luz sobre determinados conceptos a fin de contar con herramientas claras para las familias.

II. El cuidado personal de los hijos en el Código Civil y Comercial

El art. 648 del Cód. Civ. y Com. define al cuidado personal como "los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo". De esta manera se diferencia —como la doctrina venía reclamando— la esfera de toma de decisiones (que se establece en el ejercicio, por regla compartido) de la implementación de dichas decisiones en la vida cotidiana,

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Docente de Derecho Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Thomson Reuters

que según el art. 649 cuando los progenitores no conviven, puede ser unilateral o compartido. Este último puede revestir, de acuerdo con el art. 650, las siguientes modalidades: alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. El art. 651 a continuación prioriza como primera alternativa al cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta.

Se ha discutido en doctrina el verdadero alcance a darle a las modalidades de cuidado compartido reseñadas.

Mizrahi sostiene que el cuidado personal implica la convivencia del padre con su hijo, y en ese caso, de acuerdo con la conceptualización terminológica, el cuidado alternado "tanto se da si el hijo permanece tiempos similares con cada padre, como cuando reside de manera principal en el domicilio de uno y secundariamente en el del otro. O sea, que vale para las dos modalidades, y no para una sola como lo hace equivocadamente la ley... Más incomprensible aún es denominar cuidado personal compartido 'indistinto' cuando el hijo, durante su tiempo principal, lo pasa con un determinado padre. Es que 'indistinto', conf. al Diccionario de la Lengua, es lo que 'no se distingue'; y aquí precisamente es a la inversa; pues, al permanecer el niño un mayor tiempo con un progenitor, se está haciendo precisamente la distinción con el otro padre, con el cual se halla el hijo un tiempo menor. ... la exégesis correcta de las normas citadas —terminológicamente hablando, ya que de eso solo se trata— sería la siguiente: el cuidado personal implica la convivencia del padre con su hijo (art. 648). Las clases de dicho cuidado son dos (art. 649); por una parte, cuidado personal unilateral, y por la otra, cuidado personal alternado o cuidado personal compartido alternado (que el Código dice 'compartido'). Las modalidades serían: una, cuidado alternado equivalente o igualitario (que la ley dice 'cuidado alternado', art. 650, primera parte); y la otra, cuidado personal alternado distinto o cuidado personal principal y secundario (que el Código clasifica incomprensiblemente como 'indistinto', art. 650, segunda parte)" **(1)**.

En cambio, otros autores consideran que el cuidado no se encuentra definido exclusivamente por la convivencia con el hijo/a, por lo cual la modalidad indistinta que se da cuando la permanencia es más prolongada en uno de los dos hogares, no altera el hecho de que las funciones de cuidado sigan siendo *compartidas* **(2)**.

Herrera, p. ej., sostiene que la modalidad indistinta es aquella en la que ambos progenitores se hacen cargo por igual del cuidado personal del hijo, con total independencia de la vivienda del niño ya que el compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo es mucho más que la elección de los lugares de residencia **(3)**.

Es decir, puede existir un cuidado compartido en donde ambos se distribuyan equitativamente las tareas de cuidado, pero eso no represente una distribución equitativa del tiempo en que conviven con los hijos. Y la permanencia con los niños es un factor directo de incidencia en la atención de sus necesidades diarias, y claramente un desbalanceo en perjuicio de aquel que invierte mayor tiempo.

Quizás el error radica en entender que el desbalance en la convivencia es patrimonio exclusivo del cuidado compartido indistinto, por esa referencia que hace el art. 650 del Cód. Civ. y Com. a la residencia principal. Se ha entendido a residencia principal como el lugar donde el niño reside de modo preferente **(4)**, lo que

(1) MIZRAHI, Mauricio L., "Código Civil y Comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos". DFyP, 2017 (mayo), 3. Cita Online: AR/DOC/983/2017.

(2) CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián - HERRERA, Marisa (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, T. II, 1ª ed., p. 485.

(3) HERRERA, Marisa en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", dirigido por LORENZETTI, Rubinzal-Culzoni Editores, T. IV, p. 342.

(4) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal Culzoni Editores, Tomo IV, p. 114.

Thomson Reuters

permitiría inferir que la modalidad indistinta de por sí implica un desbalanceo en el tiempo a favor de uno de los progenitores. Pero la norma continúa diciendo que "ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado". Esta segunda parte puede echar por tierra lo "principal" de la residencia, porque si se distribuyen el cuidado en forma equitativa, en tiempo de convivencia, que el niño comparta tiempos similares con ambos progenitores no desnaturalizaría lo indistinto de la modalidad. Porque "indistinto" en el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Que no se distingue de otra cosa"; "Que no se percibe clara y distintamente". Por lo tanto, la conceptualización no resultaría tan clara.

Como también es un error pensar que los cuidados equitativos en tiempo pertenecen exclusivamente a la modalidad alternada, ya que el art. 650 del Cód. Civ. y Com. establece que en dicho modo "el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia". La norma no dice que deban ser periodos iguales o equitativos. Es decir que sería una modalidad alternada, p. ej., si los padres viven en ciudades lejanas, que los niños pasen el ciclo lectivo con uno y los recesos escolares con el otro **(5)**. Pero en dicho caso claramente podrá advertirse que la mayor carga de tiempo de convivencia se encuentra sobre el primero (aproximadamente 9 meses).

III. El marco legal de la emergencia sanitaria en nuestro país

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus COVID-19 como una pandemia.

Al día siguiente y en virtud de dicha declaración de la OMS, por DNU 260/20 se amplía la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541 por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigor del dicho decreto.

Luego de una serie de medidas parciales vinculadas con el estado de emergencia, con fecha 20 de marzo se dicta el DNU 297/20 el cual, con el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional, establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", por un plazo determinado, durante el cual todas las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encuentren y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo.

El art. 2° establece específicamente: "Durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el art. 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos".

Dicho aislamiento social preventivo y obligatorio estaba previsto en el mentado decreto para el periodo de tiempo que va desde el 20 de marzo hasta el 31 de marzo. Mediante DNU 325/20 se prorroga el plazo establecido hasta el día 12 de abril de 2020, inclusive, y luego mediante DNU 355/2020 se extiende el plazo hasta el 26 de abril inclusive.

En lo que respecta a la materia en estudio en el presente, el art. 6º del DNU 297/20 establece que quedan exceptuadas del cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular, las personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes (inc. 5).

A fin de profundizar y precisar dicho concepto en lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes en el marco del ejercicio del cuidado

(5) CNCiv., sala H, 31/05/2010, "V. Q., M. E. c. K., N. A.", Abeledo-Perrot Online N° 70.064880.

Thomson Reuters

personal y regímenes de comunicación con padres que no conviven, el Ministerio de Desarrollo Social con fecha 21 de marzo dictó la res. 132/2020.

A través de esta se precisó que dentro de las previsiones del inc. 5 del art. 6° del DNU 297/20 cuando se trata de excepciones vinculadas a la asistencia de niños, niñas y adolescentes, se incluyen taxativamente las siguiente:

"a) Cuando al momento de entrar en vigor la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado. Este traslado debe ser realizado por única vez;

"b) Cuando uno de los progenitores, por razones laborales que se inscriban en alguno de los incisos del art. 6° del Decreto N° 297/20, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor, deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente; pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo;

"c) Cuando por razones de salud y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, pueda trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor" (art. 2°).

En los considerandos de la resolución se incluye una aclaración que consideramos un tanto confusa, aunque luego no se la incluyó en la parte dispositiva, por la cual se interpreta "que, en virtud de la situación de excepcionalidad, y respecto de sus progenitores, se trataría de un supuesto de cuidado personal unilateral, debiendo el progenitor conviviente llevar adelante todo lo que esté a su alcance para que los/las hijos/as mantengan una fluida comunicación con el progenitor no conviviente, tal como lo dispone los arts. 652 y 653 del Cód. Civ. y Com. En este contexto excepcional, tal fluidez implicaría profundizar los medios tecnológicos".

Entendemos que la excepcionalidad de la norma abarca también a otros supuestos, no solo los del cuidado personal unilateral, conceptos que desarrollaremos en el próximo acápite.

La resolución establece que el progenitor, referente afectivo o familiar que tenga a su cargo realizar el traslado deberá tener en su poder la declaración jurada que como Anexo integra la resolución, a fin de ser presentada a la autoridad competente, junto con el Documento Nacional de Identidad del niño, niña o adolescente, a los fines de corroborar la causa del traslado.

Y finalmente cierra la reglamentación indicando que cualquier otra situación que involucre la comunicación entre progenitores e hijos/as queda limitada por la medida excepcional de aislamiento social temporal, en beneficio de la salud integral de los hijos/as, de los progenitores y de la población.

IV. Precisiones en torno a la aplicación de las excepciones a la libre circulación de niños, niñas y adolescentes entre sus progenitores

En primer lugar, cabe diferenciar los incisos del art. 2° de la res. 132/20 del Ministerio de Desarrollo Social para su adecuado análisis.

IV.1. Incs. b) y c)

Los incs. b) (razones laborales, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor que implique imposibilidad de cuidado al niño, niña o adolescente) y c) (razones de salud), situaciones en las cuales se autoriza el traslado al domicilio del otro progenitor, claramente resultan aplicables cualquiera sea el sistema de cuidado personal acordado por los progenitores, sin excepción.

IV.2. Inc. a)

Quizás la mayor dificultad hermenéutica gira en torno al inc. a), que permite el traslado por única vez: *cuando al momento de entrar en vigor la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente* se encontrase en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado.

En primer lugar, cabe diferenciar dos situaciones distintas dentro del inciso al referirse al

Thomson Reuters

domicilio donde se encontraba el niño/a o adolescente a las 00 horas del 20 de marzo: un domicilio distinto al de su centro de vida, por un lado, o al más adecuado al interés superior del niño, por el otro.

IV.2.a. Interés superior del niño

Ya hemos sostenido en otra oportunidad **(6)** lo peligroso de basar regulaciones, ya sea que confieran o restrinjan los derechos del sujeto a proteger, tan solo en un instituto tan volátil como el "interés superior del niño".

Se ha intentado últimamente favorecer una concepción jurídica precisa del concepto del interés superior del niño, que reduzca la indeterminación que históricamente se ha formulado de él y que permita coadyuvar a otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño. Se estima que es momento de asumir que el principio del interés superior del niño no es un paraguas que tapa sin más cualquier decisión a la que se llegue en determinado caso concreto, sino, por el contrario, la pauta que nos permita descubrir y señalar la carencia de fundamentos jurídicos frente a la presencia de meras consideraciones personales que puedan haberse formulado sobre el asunto.

Cillero Bruñol considera que el principio del interés superior del niño ha evolucionado juntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño, siendo necesario que se interprete de acuerdo con este nuevo contexto **(7)**.

Sostiene que "el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos..." **(8)**, tornando necesario virar a un enfoque de derechos la problemática de la infancia.

De esa manera, el principio del interés superior del niño permitiría resolver conflictos de derechos, recurriendo a la ponderación de aquellos que estén en conflicto debiendo optarse por la solución que conculque menos derechos.

Al tratarse de la protección de derechos, se habla de aquellos que están en juego y de la necesidad siempre de tomar partida por aquella decisión que proteja la mayor cantidad de derechos en juego o, visto de otra forma, que resigne la menor cantidad de ellos.

Freedman **(9)** habla de las funciones normativas del interés superior del niño, para poder darle un contenido acorde con el paradigma de la protección integral de derechos y reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública.

Sostiene que habría un núcleo duro de derechos dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituiría un límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Ese núcleo duro estaría conformado por los siguientes:

- Derecho a la vida.

- Derecho a la nacionalidad e identidad.

- Derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia.

- Derecho a la salud.

- Derecho a la educación.

- Derecho a un nivel de vida adecuado.

- Derecho a realizar actividades propias de su edad.

- Derecho a las garantías propias del derecho penal y procesal penal.

(6) LOPES, Cecilia - MASSANO, María A., "Análisis del interés superior del niño en un caso (o casi una comedia de enredo)". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, nro. 6, p. 665.

(7) CILLERO BRUÑOL, Miguel; "El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño"; Ed. UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N.º 1, Santiago de Chile 1999, p. 46. Sostiene que originariamente los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos, ya que eran decididos exclusivamente por sus padres.

(8) CILLERO BRUÑOL, Miguel; "El interés superior del niño...", ob. cit., p. 54.

(9) FREEDMAN, Diego; "Funciones normativas del interés superior del niño" en Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/freedman.htm.

Thomson Reuters

De esta manera sería posible una interpretación jerárquica, ya que a través de considerar al interés superior del niño al núcleo duro se privilegian estos derechos como superiores a cualquier otro.

La complejidad de la cuestión radica en poder dar contenido a esa expresión "interés superior del niño" que introduce la resolución ministerial, en el caso concreto, cuando probablemente la urgencia y la contingencia impiden que haya un juez para poder efectuar la ponderación adecuada entre los principios en juego.

A simple vista la decisión quedaría en la órbita de los progenitores, y eventualmente de la autoridad de seguridad que controle ese traslado, circunstancia que a todas luces resulta de imposible cumplimiento.

La instancia judicial sí podría resolver más adecuadamente la evaluación del caso para considerar que el traslado debe realizarse en virtud de estar en juego el interés de ese niño, conculcación que debe ser de tal magnitud para constituir una excepción al aislamiento.

Un claro ejemplo seria estar inmersos en una situación de riesgo, como podría ser un caso de violencia familiar, en el lugar de residencia habitual del niño, niña o adolescente, que claramente autorizaría su traslado a otro sitio.

IV.2.b. Retorno al centro de vida

Consideramos que, tal como sostiene el Ministerio de Desarrollo Social en los considerandos de la res. 132/2020, claramente la excepción del inciso a) se aplica al caso de *cuidado personal unilateral*. Es decir, si el niño/a se encontraba las 00 horas del viernes 20 de marzo en un domicilio distinto del de su progenitor a quien se le hubiera otorgado el cuidado personal unilateral, el inciso a) del art. 2° de la resolución le permite trasladar el niño/a hasta ese domicilio.

Y no a la inversa, ya que, si el progenitor solo tiene un régimen de comunicación, no puede hacerlo exigible y requerir o concretar el traslado de sus hijos a los efectos de cumplir con el régimen de comunicación habitual.

Otra cuestión resulta determinar si frente a las modalidades de *cuidado personal compartido* también podría resultar de aplicación la excepción. Entendemos en principio que la mención al cuidado unilateral no puede ser taxativa. La pregunta seria ¿a cuál/es de todas las modalidades posibles le resultaría aplicable la excepción?

En función de los conceptos preliminares desarrollados en el presente, y la postura tomada en cuanto a lo que consideramos la correcta interpretación del art. 650 del Cód. Civ. y Com., bajo la denominación de "residencia habitual" podrían quedar incluidos los casos de cuidado compartido en cualquiera de sus modalidades (alternado o indistinto) si la distribución del tiempo de convivencia entre los progenitores fuera asimétrica, entendiendo por residencia habitual a aquel lugar donde el niño, niña o adolescente permanece por más tiempo. En ese caso si al comenzar el aislamiento, el niño permanecía al cuidado del otro progenitor, podrá concretarse el traslado conf. la excepción normativa prevista.

Si los tiempos son compartidos en forma equitativa, ambos domicilios serán "residencia habitual", por lo cual, al comenzar el aislamiento en cualquiera de ellos, allí debe permanecer por no configurarse ninguna de las excepciones previstas por la norma. En estos casos podría plantearse la necesidad de alternar con la otra residencia habitual por única vez frente a la renovación en el tiempo de las medidas nacionales. En principio dicha afirmación atentaría contra los principios en juego en los cuales el aislamiento es la regla y los traslados son la excepción. Entendemos que la reglamentación debería ampliar en ese supuesto la excepción para que, frente a la renovación de la medida de aislamiento, el siguiente término de la llamada "cuarentena" pueda realizarse en el otro domicilio habitual. Ni los DNU 325/20 y 355/2220 que prorrogaron el plazo original hasta el día 26 de abril de 2020, ni las resoluciones ministeriales ni las decisiones administrativas dictadas hasta el momento, hicieron modificaciones al respecto.

Nuevamente, al igual que con la excepción del alegado interés superior del niño, nos encontramos con el inconveniente práctico de poder acreditar lo expuesto a fin de asegurar la libre circulación de las personas que consideramos exceptuadas del aislamiento. Difícil de acreditar, difícil de controlar por parte de las fuerzas

Thomson Reuters

de seguridad, y en muchos casos de dudosa interpretación que seguramente requerirá nuevamente la figura del juez para poder determinar si la situación se encuentra inmersa en una excepción o no.

No estamos de acuerdo con utilizar compartimentos estancos asociados, por esa histórica necesidad de encasillar las ideas en la terminología ya conocida. Al sancionarse el nuevo texto legal, hubo en la doctrina y en la práctica judicial una necesidad de "encajar" la vieja tenencia unilateral o compartida, en las nuevas modalidades. Así se concluyó rápidamente que la tenencia del viejo sistema se convertía hoy en el cuidado personal en su modalidad indistinta y la llamada "tenencia compartida" creada en forma pretoriana, se encontraba representada por la modalidad alternada.

Partiendo de esa errónea premisa del paralelismo absoluto solo se puede arribar a erróneas conclusiones. La "tenencia" pertenece a un sistema armado y pensado en forma diametralmente opuesta al actualmente vigente por lo cual mal pueden hallarse sus vestigios en el actual.

Por lo tanto, entender que solo hay residencia habitual en un lugar si ese progenitor tiene el cuidado unilateral o el compartido indistinto, y que solo hay dos residencias habituales si el cuidado es compartido alternado, no obedece a una correcta interpretación de las normas en juego.

Será el operador judicial en todo caso el que tendrá que analizar, ante la controversia existente entre los progenitores respecto a efectuar el traslado o no del niño de un lugar a otro, si se configuran los supuestos de excepción al aislamiento y la libre circulación de acuerdo con las pautas hermenéuticas aquí brindadas.

Ya contamos con algunos antecedentes puntales de nuestra jurisprudencia.

El primero fue dictado el 19 de marzo por el Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro, el segundo por la CNCiv., sala C de fecha 26 de marzo. En ambos casos se rechazó el pedido de habilitación del tiempo inhábil (asueto en Pcia. de Buenos Aires y feria judicial en CABA).

En el caso de San Isidro se extendieron los fundamentos vinculados a la prevalencia de las normas sanitarias como interés colectivo, que, a la situación individual en particular, haciendo una descripción extensa de lo que se considera el "interés superior del niño".

En el fallo de la Cámara Nacional Civil sin adentrarse a analizar lo pormenores de la situación que se plantea, y la aplicabilidad o inaplicabilidad de las excepciones vigentes, se concluye que no se han demostrado las razones de urgencia para solicitar la habilitación de la feria judicial en los términos del art. 153 del Cód. Procesal. Solo se menciona al pasar que las normas dictadas en el marco de la emergencia sanitaria son justamente para proteger a esa niña sujeto de protección en ese proceso, por lo cual el recurrente no logró demostrar como la habilitación de la feria y su pretensión de reanudar el régimen de contacto pueda traer beneficio a su hija.

Quizás circunscribir el debate a la determinación de la existencia de urgencia o no que permita habilitar el tiempo inhábil, constituya una decisión que deja sensación a poco. Atento las particularidades del contexto en el que estamos y la disparidad de situaciones que se pueden presentar de acuerdo con lo detallado anteriormente, hubiera correspondido habilitar el asueto o la feria y adentrarse al análisis de cada caso, y de configurarse un supuesto solamente de exigencia de cumplimiento de un régimen de comunicación, correspondería decretar el rechazo de la pretensión.

De todos modos, en ese punto cabe hacer una salvedad. El régimen de contacto personal es el que no puede cumplirse mientras dure el aislamiento, pero ello no significa que "el derecho de comunicación" entre padres e hijos no convivientes no puede llevarse adelante de otra manera. P. ej., corresponde asegurar todos los medios de comunicación electrónicos posibles a su alcance de acuerdo con la edad de los niños involucrados, para mantener el contacto y los lazos mientras dure el aislamiento. Podrá recurrirse a comunicaciones telefónicas, por videollamadas, WhatsApp, Facebook, Zoom y toda aplicación que hoy en día se utiliza para mantenernos conectados, y que se han convertido en las más utilizadas con motivo del ais-

Thomson Reuters

lamiento imperante. Y dicho extremo con más la modalidad y tiempo a utilizarse puede ser perfectamente garantizado por una decisión judicial **(10)**.

De esa manera se cumpliría adecuadamente con lo prescripto por los arts. 555, 652 y 653 del Cód. Civ. y Com.

Ese ha sido el criterio seguido por el Juzgado de Familia n°5 de La Plata, en donde se consideró que correspondía habilitar la feria judicial y "[a]nte el contexto actual de emergencia sanitaria que atraviesa el país, por la cual se restringe la circulación de las personas, impidiendo así la realización efectiva del régimen de vistas establecido en autos con fecha 27/12/2019; y siendo de suma importancia el contacto de la Sra. Q. con su hijo N. quien reside junto a su padre, a fin de evitar repercusiones negativas en los derechos de la progenitora y su hijo, dispónese que el sistema de comunicación se efectivice arbitrando los medios para que la Sra. Q. tome contacto virtual con su hijo N., por medio de video llamadas, al menos diariamente, debiendo ambas partes extremar los esfuerzos, flexibilidad y comprensión que la presente emergencia les impone en virtud de su responsabilidad que como progenitores les cabe en la posibilidad de que N. disfrute del ejercicio de sus derechos en forma plena, atendiendo a las circunstancias y respetando a su vez los tiempos del niño (art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 3 de la CIDN, 36 ap. 2 de la Const. Prov. 595 ap. a del Cód. Civil, 3 de la ley 26.061, 4 de la ley 13.298; decreto presidencial N° 297/2020)" **(11)**.

Por otro lado, si el planteo corresponde a una de las excepciones contempladas en los cuales el traslado está autorizado (art. 2° de la res. 132 del Ministerio de Desarrollo Social), la feria o asueto no solo debería habilitarse, sino que además debería darse curso a la pretensión esgrimida.

P. ej., si en un caso de cuidado personal unilateral, o compartido, pero con una residencia habitual en uno de los hogares, el niño o niña se encontrara en el domicilio del otro al comienzo del aislamiento, y este se negara a trasladarlo, hay acción judicial para exigir su restitución inmediata.

V. La problemática de los alimentos

El art. 658 del Cód. Civ. y Com. establece como principio rector en materia alimentaria: "Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos".

La extensión de la obligación teniendo en cuenta la condición y fortuna ya estaba incorporado al art. 265 del Cód. Civil derogado, agregando la norma actualmente vigente "aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos", aclaración que en el sistema anterior realizaba el art. 271 cuando establecía: "En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos".

En el viejo sistema, al considerarse que las tareas atinentes al cuidado (tenencia) implicaban la prestación alimentaria en especie, los reclamos se dirigían sistemáticamente hacia aquel que no convivía con los niños, quien se encontraba obligado a abonar la cuota alimentaria que finalmente se acordara o determinara judicialmente.

(10) MIGUEZ, Ma. Soledad, "Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y su interacción con las relaciones de familia y la violencia digital". Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho de Daños, 2019-3, Daños en el Derecho de Familia - II, p. 173; FERNÁNDEZ, Silvia E., "Nuevos perfiles del derecho de comunicación en el Código Civil y Comercial de la Nación", RDF: 72, 16/11/2015, 129, Cita Online: AR/DOC/5381/2015; JUNYENT de DUTARI, Patricia M., "En pos de la vigencia del régimen comunicacional. Justicia activa e infancia". DFyP, 2017 (junio), 13/06/2017, 83, Cita Online: AR/DOC/944/2017; BERGER, Sabrina M., "WhatsApp y Facebook como medio de vinculación entre padres e hijos no convivientes". DFyP, 2017 (julio), 12/07/2017, 93, Cita Online: AR/DOC/952/2017; VANINETTI, Hugo A., "Régimen de comunicación entre hijos y progenitores no convivientes. Medios virtuales. El rol del Juez de Familia". DFyP, 2017 (julio), 12/07/2017, 41 Cita Online: AR/DOC/1210/2017; CNCiv., Sala H, 21/11/2016, "M., P. M. y otro c. Z. F., A. R. s/ art. 250 C.P.C. - incidente de familia", cita online AR/JUR/83.338/2016

(11) Juzgado de Familia nro. 5 La Plata, 27/3/2020, "C. B. A. c. Q. M. s/ cuidado personal de hijos".

Thomson Reuters

Hoy el art. 660 del Cód. Civ. y Com. reconoce expresamente: "Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención", por lo cual, frente a una modalidad de cuidado personal unilateral, la cuestión no presenta aristas diferentes a los reclamos alimentarios tradicionales con la diferencia de tener hoy la tarea de cuidado este expreso reconocimiento en la norma, reconocimiento que hasta agosto de 2015 aunque unánime, solo era doctrinario y jurisprudencial.

En supuestos de cuidado compartido, el art. 666 del Cód. Civ. y Com. establece: "En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 658".

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial contemplaba esa solución para el caso de cuidado personal compartido con la modalidad alternada. Dicha especificación fue eliminada durante el trámite parlamentario dando lugar a la redacción vigente que hace referencia al cuidado compartido, sin distinguir modalidades.

Frente, a cualquier modalidad de cuidado compartido —tal como fue conceptualizada por la reforma— deben atenderse dos variables para determinar la procedencia de una cuota alimentaria de un progenitor en favor del otro: la diferencia de ingresos y la incidencia del tiempo que cada uno convive con el hijo, sin que este último sea necesariamente un cálculo aritmético exacto, pero sí que permita advertir que si hay un desbalance significativo de uno en relación con el otro hogar.

Que el cuidado compartido sea indistinto o alternado resulta indiferente para este análisis, ya que las variables reseñadas operan en un sentido o en el otro en ambas modalidades. Entonces no habría cuota alimentaria —como entrega de dinero de un progenitor al otro— cuando existe identidad de tiempo y recursos. En ese caso tan solo habrá que distribuir entre ambos ("conforme a su condición y fortuna", art. 658 del Cód. Civ. y Com.) el pago de los gastos comunes de los niños (colegio, actividades extraescolares, salud, vestimenta). Se entiende por gastos comunes a aquellos que se presentan independientemente de la situación de convivencia, para distinguirse de aquellos que se replican en ambos hogares (servicios, alimentación, personal doméstico, etc.).

En función de dichos principios, si el aislamiento generó que los hijos permanecieran con uno solo de los progenitores, asumiendo este durante el lapso que las medidas sanitarias duren, la satisfacción de las necesidades de la prole en un 100%, dicha circunstancia tiene necesariamente impacto en la cuota alimentaria.

Incluso en casos en que en función del art. 666 de Cód. Civ. y Com. se hubiera establecido que no procedía la entrega de suma de dinero alguno sino la distribución de los gastos fijos entre ambos progenitores, dicha conclusión puede verse modificada por las normas de emergencia.

P. ej., en el caso de un cuidado compartido en el que hay igualdad de recursos y tiempo compartido con los niños, pero estos permanecieron durante el aislamiento en el hogar en donde se encontraban al comienzo de este, eso genera un desbalanceo tal en el acuerdo originario haciendo procedente el reclamo de una cuota alimentaria.

Cuota alimentaria que podría revestir la naturaleza de extraordinaria, por lo imprevisible e impostergable de la situación, volviendo luego al acuerdo original una vez que la situación se normalice.

Atento que estamos hablando de un plazo de tiempo determinado y de corta duración es muy probable que el reclamo no se haga en forma concomitante con la generación de las necesidades, sobre todo en un contexto de aislamiento que afectó notoriamente el acceso a la justicia. Ello no implica que luego el planteo no pueda encausarse a través de lo normado en el último párrafo de art 660 del Cód. Civ. y Com. cuando

Thomson Reuters

establece: "Por el período anterior (a la interposición formal del reclamo), el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente".

VI. El escenario a futuro

El escenario futuro realmente es incierto en todos sus aspectos. Podrán reiterarse medidas como las ya dispuestas o nuevas que sigan limitando los derechos de las personas en pos de un bien común mayor: la vida y la salud.

Dichas restricciones impactan directamente en el desenvolvimiento de las relaciones familiares sin ninguna duda, tal como describimos a lo largo del presente.

No creemos que la finalización del sistema implantado por el dec. 297/2020 y sus sucesivas prórrogas y reglamentaciones, de un cierre a las discusiones planteadas en el presente.

Es muy probable que tengamos a lo largo de desarrollo de esta terrible pandemia nuevos escenarios como el ya vivido, que pongan en vigencia nuevamente disposiciones como las aquí desarrolladas, o escenarios similares.

Todo ello debe analizarse bajo los mismos principios: estamos frente a una situación de fuerza mayor, donde se encuentran involucrados derechos de raigambre superior como la vida y la salud de todas las personas. Las restricciones a la libertad ambulatoria o las modificaciones en el régimen de comunicación y cuidado de los hijos, por más difícil que haya sido llevarlas a la práctica, son restricciones legítimas en el juego de ponderaciones que debe hacer el Estado.

Es por ello por lo que entendemos que el escenario planteado resulta plenamente vigente y, asimismo, se plantean varios desafíos a los ciudadanos y a los operadores del derecho en particular:

- a los abogados les corresponde interpretar correctamente el marco legal de la emergencia para llevar luz a los padres en el desenvolvimiento del rol en tan singulares circunstancias;

- a los jueces les corresponde ocupar el rol que la sociedad en este momento demanda a fin de abrir las instancias procesales y echar luz en aquellos casos dudosos o de conflicto entre los progenitores.

Thomson Reuters

Padres separados de sus hijos en plena pandemia: ¿hasta cuándo es justo?

Juan Bautista Torres López (h.)

Sumario: I. Introducción.— II. Breve *racconto* normativo del aislamiento.— III. Aislamiento en la jurisprudencia.— IV. El interés superior del niño en el mapa normativo.— V. Interés superior del niño: ¿un problema?— VI. Un debate incómodo.— VII. El tiempo dirá.

I. Introducción

Vivimos en un mundo que ya no es el nuestro: una pandemia con nombre de asteroide (COVID-19) cambió los planes de la humanidad y hasta de los animales, que ahora ocupan ciudades detenidas, inofensivas, en las que no transitan personas, aisladas por motivos de salud pública. Por primera vez en tanto tiempo, el hombre no es el principal enemigo del hombre porque hoy *el enemigo es invisible*, como dijo el presidente Alberto Fernández en relación con el coronavirus. Lo cierto es que las consecuencias, aunque aún incalculables, ya son tangibles: en la salud, en lo social, en lo económico. Queda ocuparnos del *mientras tanto*, realizar serias evaluaciones para tomar las medidas menos nocivas, seleccionar entre lo malo y lo peor, hacer las elecciones más difíciles que, entre otras cosas, implican administrar recursos escasos y decidir prioridades. En esa danza que nadie quiere hacer, con discreción, pero con firmeza, el Derecho ha pasado a ocupar un lugar preponderante.

Sin ir más lejos, esta época reformulará el concepto de libertad —la discusión no se limita a hasta dónde el Estado puede decirnos cuándo y cómo salir a la calle—, de intimidad -creció exponencialmente la utilización de las redes sociales y el tiempo que pasamos en ellas mientras permanecemos en nuestros hogares-, de igualdad —en torno, p. ej., a los llamados "servicios esenciales", a tareas *más necesarias que otras* y a los bienes a los que nadie debería dejar de tener acceso—. Pero también hay lugar para replantear la idea más básica de familia, contacto, convivencia, infancia, violencia, relaciones, afectos o la falta de ellos. A través de ciertos fallos, hay jueces que han adelantado parte de esas reflexiones que servirán para resignificar algunas nociones que teníamos arraigadas previo al COVID-19. A continuación, analizaremos dos fallos que más allá de acercar algunas pautas sobre casos concretos en plena pandemia —con el desafío, el riesgo y la responsabilidad que ello conlleva—, abren un menú de preguntas urgentes pero sin tiempo, que incluso una vez superada la emergencia sanitaria, prometen seguir interpelándonos.

II. Breve *racconto* normativo del aislamiento

El 19 de marzo del 2020, el presidente Alberto Fernández adelantó las medidas que llegarían con el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020: el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" de toda la población hasta el 31 de marzo, período que luego sería extendido por decisión del Poder Ejecutivo. Entre las excepciones al cumplimiento de tal directriz, se encontraban las "personas que deben asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores, a niños, a niñas y a adolescentes" (punto 5 del decreto). El DNU despertó dudas: ¿padres y madres separados, que no convivan con sus hijos, podrían verlos en persona? Y en caso afirmativo, ¿qué deberían presentar?

Thomson Reuters

La letra del decreto, acaso no del todo transparente, motivó que, al día siguiente del anuncio, en fecha 20 de marzo, se emitiera la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social que, entre otras cosas, en su Anexo acompañó la declaración jurada que habilitaba al progenitor que no convive con el niño, niña o adolescente, a trasladarlo "hacia otro domicilio en donde continuará su aislamiento". La resolución contemplaba el traslado de los menores "cuando se trata de excepciones vinculadas a la asistencia de niños, niñas y adolescentes", caso en que "el progenitor, referente afectivo o familiar que tenga a su cargo realizar el traslado deberá tener en su poder la declaración jurada que como Anexo...integra la presente resolución, completada, a fin de ser presentada a la autoridad competente, junto con el Documento Nacional de Identidad del niño, niña o adolescente, a los fines de corroborar la causa del traslado".

Nótese que la resolución ministerial se refiere a "realizar el traslado", hablando de una sola oportunidad —un único evento—, lo que sellaría la imposibilidad de los padres y madres no convivientes de continuar con la vinculación con sus hijos durante el aislamiento. El art. 2° de la resolución es aún más contundente, estableciendo como "supuestos de excepción" a los siguientes: "a) Cuando al momento de entrar en vigor la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado. Este traslado debe ser realizado por única vez; b) Cuando uno de los progenitores, por razones laborales que se inscriban en alguno de los incisos del art. 6° del dec. 297/20, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor, deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente; pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo; y c) Cuando por razones de salud y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, pueda trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor".

Los principales medios gráficos del país y portales web de noticias, durante el sábado 21 y el domingo 22 de marzo, se limitaron a replicar la declaración jurada del Anexo y a difundir la noticia con títulos como "en qué situaciones los padres y madres separados podrán trasladar a sus hijos" **(1)** o "en qué casos pueden salir con los hijos de su casa durante la cuarentena total" **(2)**. Comentario al margen: en la tarea de difundir esa información, quizá faltó la enfática conclusión de que en líneas generales, el aislamiento interrumpe el contacto en persona entre padres e hijos que no conviven, dejando una ventana muy estrecha de excepción, la contemplada en la res. 132/2020.

III. Aislamiento en la jurisprudencia

La Justicia, en cambio, sí fue más contundente al marcar los límites impuestos por el contexto y la normativa. En autos: "A. A. s/ habilitación del asueto judicial", en decisorio del 19/03/2020 —el mismo día en que se decretaba el aislamiento—, el Juzgado de Familia N.º 4 de San Isidro desestimó el pedido de un padre para que se habilite el asueto judicial y con ello, para que se ejecute el régimen de comunicación ya pactado.

El fallo recordó "en primer lugar que el art. 3°, párr. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada", además de precisar que "el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos". Afirmó el juez que "en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al 'interés del menor' como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto,

(1) https://www.clarin.com/sociedad/aislamiento-preventivo-padres-separados-podran-trasladar-hijos-solo-casos-excepcionales_0_nvS9HGBmA.html.

(2) https://www.infobae.com/sociedad/2020/03/21/madres-y-padres-separados-en-que-casos-pueden-salir-con-los-hijos-de-su-casa-durante-la-cuarentena-total/.

Thomson Reuters

ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso, máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente...". Sobre este punto —la provisoriedad, que entendemos atinente— volveremos más adelante.

En la parte que considero neurálgica, el magistrado plantea: "Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 39)". "Con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, corresponde desestimar el planteo formulado por el actor, mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado de los mismos", concluye el fallo.

El 26/03/2020 llegaría un nuevo antecedente, esta vez, emanado por la Sala C de la CNCiv., en autos: "Z., A. c. M., P. E. s/ denuncia por violencia familiar", la tríada confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había denegado el pedido de habilitación de feria planteado por el denunciado y con la finalidad de continuar el proceso de revinculación iniciado en relación a su hija, revinculación que se vio interrumpida dado que la madre era la encargada de llevarla a determinados lugares señalados para que se encontrara con el padre en presencia de una psicóloga —que, dato no menor, invocando razones de seguridad pública, había suspendido el proceso de revinculación—. Refiere la Sala C que "señala en sus agravios el recurrente, que la causa para la habilitación pretendida, importa no solo al interés del litigante, sino de su hija menor de edad, ya que la interrupción de la actividad jurisdiccional representa la privación del proceso revinculatorio con aquella, frente a la negativa de parte de la madre de la niña, de llevarla a los lugares en donde se celebran los encuentros".

"Cabe poner de resalto que el recurrente no ha logrado demostrar de qué manera una decisión favorable a la habilitación de la feria perseguida podría subsanar la eventual pérdida o frustración del ejercicio de su derecho, cuando lo pretendido implicaría poner en riesgo la propia salud de la niña menor de edad", sostuvo la Cámara, y agregó que "no resulta suficiente la invocación genérica e imprecisa respecto de eventuales beneficios, que por otro lado, podrían poner en riesgo no solo la salud de la niña, sino también la de la población en general", en consonancia que el fallo del juzgado de Familia de San Isidro.

IV. El interés superior del niño en el mapa normativo

Si bien el resultado de ambos fallos encuentra obvios puntos de contacto (denegar la habilitación de la feria o de los días inhábiles, solicitud formulada por los padres litigantes que desean vincularse o revincularse con sus hijos en el contexto de la emergencia sanitaria frente al COVID-19), existen particularidades que trazan importantes distancias entre las dos citas. En el primer caso podría extraerse a modo de conclusión que debe tenerse especial contemplación sobre el interés superior del niño y lo que sea mejor para él, que es prioritario; el segundo fallo centra el análisis en torno a que el requirente no ha logrado conmover a la Alzada invocando supuestos beneficios genéricos que traería al hijo el hecho de volver a ver a su progenitor mientras se encuentre vigente la alerta por el coronavirus. Mientras que en el primer caso se pretende ejecutar un acuerdo ya formulado, en el segun-

Thomson Reuters

do, el peticionante busca reiniciar una revinculación. Por una cuestión cronológica, el primer decisorio traído a estudio surgió cuando aún se redondeaban las medidas más duras en materia de aislamiento; el segundo fallo, en pleno aislamiento, implicó menos explicaciones de una situación en donde sobraban las palabras por la gravedad del cuadro en Argentina y en todo el mundo.

Sin entrar en detalles sobre el acierto o no de la jurisprudencia en análisis, valdría puntualizar sobre algunos aspectos que no parecen haber sido planteados en los casos citados. En ambas oportunidades, la cuestión giraría en torno al interés superior del niño (en el primer caso, de forma explícita y reiterada; en el segundo, a modo de hipervínculo invisible pero inevitable).

De entre todos los instrumentos internacionales que mencionan la protección de la infancia y la adolescencia, La Convención sobre los Derechos del Niño resulta uno de los más emblemáticos: ella remite al concepto de "Interés superior del Niño" en los arts. 3°, 9°, 18, 21, 37 y 40. Por otro lado, el art. 5° de dicho plexo refiere que "los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres", mientras que el art. 8° instruye que "los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares". El art. 9° ahonda aún más en la relación entre padres e hijos: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, p. ej., en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño". El mismo artículo ordena que "se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de dar a conocer sus opiniones" (punto 2) mientras que el punto 3 dispone que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Por su parte, y en consonancia con lo *supra* estipulado, a nivel local, la ley 26.061 —de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— acerca en su art. 3° una definición del complejo concepto de "interés superior del niño" afirmando que se trata de "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley", debiéndose respetar, entre otros, el derecho de estos sujetos "a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta" (punto b) y "el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural" (punto c). El artículo refiere lo que adelantaron los jueces de los fallos citados: "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

El art. 639 del Cód. Civ. y Com. también ha empleado esta fórmula, estableciendo como principios generales de la responsabilidad parental: "el interés superior del niño", "la autonomía progresiva del hijo conf. sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo" y "el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

V. Interés superior del niño: ¿un problema?

Hay que ser enfático en cuanto a lo complejo de dar una definición cabal del concepto de "interés superior del niño", dificultad que ha sido punto de estudio de numerosos autores y que, como pasaré a precisar, se perfila como el quid de la cuestión en los fallos aquí tratados. Sin eufemismos, el Dr. Diego Freedman sostiene que "el concepto jurídico del interés superior del niño inserto en la Convención sobre los Derechos del niño, es un 'Caballo de Troya'", y explica: "Dicha aseveración surge de que este enunciado normativo suministra al órgano aplicador de la Convención un anclaje normativo para ejercer, con un gran ámbito de discrecionalidad, prácticas tutelares, cuyas consecuencias

Thomson Reuters

jurídicas son la restricción de la autonomía personal y el resto de los derechos de los niños" **(3)**.

En el mismo sentido, la Dra. Mary Beloff ha sostenido que "el interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo— (...) obrara con niveles discrecionales inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales" **(4)**. Compartimos entonces que el uso discrecional del concepto "interés superior del niño" puede ser un obstáculo a la hora de apuntalar un argumento —o, teniendo en cuenta que las sentencias deben estar debidamente fundadas, un fundamento— dado que antes de utilizar al interés superior del niño como un pilar del fundamento, habría también que precisar los términos, alcances y "la mitad de la biblioteca" que uno ha escogido para tal planteo. Aun así, la controversia persistiría.

Dicho esto, y retornando a los fallos en estudio, parece válido preguntarse: el hecho de mantener contacto con ambos padres, ¿no es un derecho del niño? Por lo tanto, ¿no hace al interés inherente al niño? ¿no podría entonces ser parte del "interés superior del niño"? Es cómodo concluir que frente a la pretensión de un padre que promueve una acción para ver a su hijo en medio de la pandemia, se enfrentan dos intereses contrapuestos: el del padre que acciona y "el interés superior del niño". Extirpando de esta fórmula que el niño, niña o adolescente tiene derecho a ver a su padre y madre, a ser educado por ellos, a que formen parte de su crianza (más aún, cuando existe una —aparente— *sana intención* del progenitor de formar parte de ese proceso, de esgrimir su responsabilidad parental, de dar acompañamiento: en definitiva, de *estar presente*), resulta "práctico" defender y decidir "por el niño". Pero entendemos que el planteo es falaz. Estimo que no hay rivalidad posible: no se contrapone "el interés del padre" versus "el interés superior del niño". Dado que los Estados deben velar "por qué el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos" y por "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (en palabras de la CDN) y que el caso de los vínculos "sanos" entre padres e hijos, fructíferos, hacen a "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías" de los niños y "al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural" (en palabras de la ley 26.061), resulta clave concluir que en todo caso, nos encontramos, sin desconocer el deseo del padre que realiza la petición, frente a un dilema de "el interés superior del niño" contra otra arista de "el interés superior del niño". Este duelo es, en rigor, más complejo de dirimir en lo técnico.

VI. Un debate incómodo

En definitiva y sin desmerecer el interés público ni los intereses de otras personas, considero que la cuestión no se limita a contraponer intereses de un niño contra intereses de un tercero o de la sociedad; estamos en presencia (también) de un debate entre qué es mejor para un niño. En este abanico de opciones, debe ponderarse la salud física, mental y psicológica; la integridad, la educación, los beneficios de validar el aislamiento pero también los perjuicios de separar —¿durante cuánto tiempo?— a un padre o madre de un hijo. Es aquí donde retomo la "provisoriedad" a la que alude el decisorio del juzgado de Familia de San Isidro. La parte final del fallo desestima "el planteo formulado por el actor, mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado de los mismos". Nótese incluso que el magistrado resolvió "mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento", lo que incluso podría suceder luego de levantada la feria judicial (en el caso, p. ej., de que se incorpore a la Justicia dentro de las excepciones al aislamiento). Ahora bien: dado que no hay precisiones en cuanto al tiempo que llevará el confinamiento y eventuales directrices oficiales en torno a los cuidados posteriores, el juez ha resuelto por la

(3) FREEDMAN, D., "Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el "Caballo de Troya" de la Convención". Disponible en http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf) [fecha de consulta: 13 de abril de 2020].

(4) BELOFF, Mary, "Los derechos del niño en el sistema interamericano", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 15

Thomson Reuters

negativa al contacto de forma indeterminada en el tiempo ("mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento"). Al día de la fecha, esta medida extrema se ha prolongado por más de un mes. ¿Cuánto tiempo debe transcurrir para que resulte perjudicial para el niño el no mantener contacto directo con su padre o madre? Quince días puede resultar una medida acertada; un mes también. Pero ¿dos meses?, ¿tres meses?, ¿un año?, ¿cinco? ¿A partir de qué día de ausencia se entiende que ese distanciamiento podría generar perjuicios acaso irreversibles?

Tiene dicho la Corte Suprema que "en los juicios de amparo debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta no solo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resulten de las actuaciones producidas" **(5)**. Los fallos durante la pandemia, el factor de la provisoriedad puede verse a través de la misma lente: el juez resuelve de acuerdo con lo acontecido en un determinado momento, sin que ello implique cristalizar la cuestión por su dinamismo. La solución entonces debe contemplar la variable tiempo: hasta que no sepamos cuánto durará el aislamiento, no sabremos con exactitud el acierto o la infortuna de los fallos citados. Por ahora pueden juzgarse de razonables. De este modo, parece adecuado medir, también como es corriente en los amparos de salud, el perjuicio que generaría no hacer lugar a los planteos del accionante. De alguna manera, el segundo caso en revisión —decisorio de la Cámara Civil, Sala C— achaca esto, dado que reprocha que "...el recurrente no ha logrado demostrar de qué manera una decisión favorable a la habilitación de la feria perseguida podría subsanar la eventual pérdida o frustración del ejercicio de su derecho, cuando lo pretendido implicaría poner en riesgo la propia salud de la niña menor de edad. En efecto, no basta limitarse a mencionar que la continuación del proceso de revinculacio´n, en el modo en que ha sido dispuesto en estos obrados y durante el periodo de aislamiento social preventivo y obligatorio establecido en el dec. 297/2020, evitaría la concreción del perjuicio mencionado, desde que no resulta suficiente la invocación genérica e imprecisa respecto de eventuales beneficios, que por otro lado, podrían poner en riesgo no solo la salud de la niña, sino también la de la población en general".

(5) Cfr. Fallos 304:1024.

VII. El tiempo dirá

Entendemos que es más sencillo retratar el perjuicio que sufrirá una parte en caso de que no se haga lugar a un determinado planteo, que acreditar el beneficio que generará una determinada medida a futuro. Creemos que, en caso de mantenerse el aislamiento, el paso del tiempo forzará nuevas interpretaciones en torno al examen del contacto que deben (o que no deben) mantener los padres o madres con sus hijos no convivientes. Con el correr de los días y en caso de que se mantengan las medidas de aislamiento o incluso de distanciamiento, quizá comencemos a ver criterios más laxos en la jurisprudencia o soluciones intermedias que acompañen la apertura que viene practicando el Poder Ejecutivo desde que se instalaron las alarmas por el COVID-19 en nuestro país. El tiempo dirá, aunque también a veces el tiempo puede ser el codo que borre lo escrito.

Thomson Reuters

Alimentos entre cónyuges convivientes en el Código Civil y Comercial

Julio Luis Gómez

Sumario: I. Un derecho-deber recíproco.— II. Ámbito de operatividad.— III. Objeto de la prueba. *Onus probandi*. Medios de prueba.— IV. Pautas para la fijación de la cuota.— V. Contenido de la cuota.— VI. El cese de la cuota.— VII. Quid de la determinación de la cuota por convenio.

I. Un derecho-deber recíproco

Dispone el art. 432 del Cód. Civ. y Com., integrante del capítulo 7 —"Derechos y deberes de los cónyuges"— del título 1 —"Matrimonio"— del Libro segundo de aquel —"De las relaciones de familia"— que "[l]os cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común".

El empleo de la expresión "[l]os cónyuges se deben alimentos entre sí", dicha en plural y con la locución "entre sí" incluida en ella conlleva el carácter de la señalada reciprocidad.

Así lo ha advertido la jurisprudencia al observar que "[e]l Código Civil y Comercial... ha reconocido el deber alimentario entre cónyuges en forma *recíproca*, variando sustancialmente su contenido y factores de atribución según se requieran *durante la vida en común* o la separación de hecho, diferenciándose de los que se solicitan después del divorcio" **(1)**.

Tal reciprocidad es corolario, a estar de doctrina en la materia, del principio de la igualdad de aquellos **(2)**, lo que se traduce, por lo demás, y procesalmente hablando, ya que las legitimaciones activa y pasiva son aquí consecuencia del derecho-deber de ambos **(3)**, en que cualquiera de los dos puede demandar al otro por alimentos.

II. Ámbito de operatividad

Los alimentos de los que aquí se trata son, como se ha dicho, los procedentes durante la "vida en común" de los cónyuges, expresión esta que equivale a la de "convivencia", a estar de la debida concordancia del ya referido art. 432 del Cód. Civ. y Com. con los incs. g) e i) del art. 433, el cual indica pautas para su fijación.

Interesa precisar, entonces, el significado de la mencionada voz "convivencia" dado el debate doctrinal entre quienes, como Santi, sostienen que dicha "convivencia" —la cual constituye, junto a la "cooperación" y el "deber moral de fidelidad", la base de ese "proyecto de vida en común" a cuyo desarrollo los cónyuges se comprometen— exige que estos cohabiten en un mismo domicilio, como deber indisponible **(4)**,

(1) Juzgado Nacional Civil N.º 92, 08/09/2015, "S. Q., M. A. y otros c. R., F. J. s/ alimentos", ED Digital [83281]. Los destacados me pertenecen.

(2) MOLINA DE JUAN, Mariel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, t. I, arts. 401 a 508, su comentario al art. 432.

(3) BIDART CAMPOS, Germán, "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en La Legitimación - Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Augusto M. MORELLO (Coord.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 17 y 18.

(4) SANTI, Ana C., en PERRINO, Jorge O. — BASSET, Ursula C. (directora de la actualización y ampliación) — SANTI, Carolina (Coordinadora de la actualización),

Thomson Reuters

y quienes, tal Muñoz Genestoux lo hace afirman que "el modo en que se establece la convivencia entre los miembros del matrimonio queda librado a la autonomía de la voluntad" **(5)**.

Participando de la primera de las tesis, concluimos en que la aludida voz —"convivencia"— refiere a los cónyuges que habitan en una misma y única vivienda, lo que genera como ineludible consecuencia la de que los alimentos en estudio operan entre aquellos que, precisamente, así lo hacen.

No desconocemos que, como se ha observado, es virtualmente imposible que un matrimonio en el cual alguno de ambos demande al otro por alimentos permanezca en una auténtica "vida en común" **(6)**, siendo, en puridad, un caso de la que bien ha podido ser considerada como separación de hecho bajo el mismo techo **(7)**.

Nos parece, sin embargo, que la disposición del art. 432 del Cód. Civ. y Com. que analizamos, evita la eventual alegación defensiva de quien habría podido sostener, si aquella no hubiera existido, que, por no estar así prevista, tal demanda era improponible **(8)**, invocando, por lo demás, que la separación de hecho, y con ella sí la procedencia del reclamo, se configura con la no continuidad de la presencia de los cónyuges en idéntico domicilio.

III. Objeto de la prueba. *Onus probandi.* Medios de prueba

La determinación de la cuota alimentaria entre cónyuges convivientes exige acreditar, en el proceso, el matrimonio de aquellos, la necesidad de quien pretende ser alimentado, la carencia e imposibilidad de obtención de recursos por él mismo para autosustentarse, el incumplimiento de quien debió alimentarlo y la posibilidad de este de cumplir con dicha prestación **(9)**.

En relación con el denominado *onus probandi* habrá de estarse a la disposición del ya citado art. 432 del Cód. Civ. y Com. en tanto manda que "esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles", siendo, entonces, de aplicación al caso la del art. 545 de aquel conforme la cual quien demanda alimentos es quien debe demostrar las ya referidas circunstancias **(10)**.

"Derecho de Familia", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. XXIII, punto 518.

(5) MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, en LORENZETTI, Ricardo L. (director general), "Código Civil y Comercial Explicado", Doctrina - Jurisprudencia - Derecho de Familia - Tomo I - Artículos 401 a 593, HERRERA, Marisa (directora), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2019, su comentario al art. 431.

(6) GRONDONA, Paula, "Alimentos entre cónyuges", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — MOLINA DE JUAN, Mariel F., Alimentos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, t. I, cap. V. 2. A.

(7) NOVELLI, María Susana, "La separación de hecho y la unión convivencial como realidades fácticas captadas en la norma", en KRASNOW, Adriana N. (directora) — DI TULLIO BUDASSI, Rosana — RADYK, Elena, Manual de derecho de familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, cap. XII, punto 78, a.

(8) MOLINA DE JUAN, Mariel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, t. I, arts. 401 a 508, su comentario al art. 432.

(9) GRONDONA, Paula, "Alimentos entre cónyuges", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — MOLINA DE JUAN, Mariel F., Alimentos, ob. cit., cap. V. 2. A.; MOLINA DE JUAN, Mariel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, ob. cit.; OTERO, Mariano C., "Juicio de Alimentos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, cap. II, punto 5; SANTI, Ana C. en PERRINO, Jorge O. — Basset, Ursula C. (Directora de la actualización y ampliación) — SANTI, Carolina (Coordinadora de la actualización), Derecho de Familia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. XXIII, punto 531; LANDOLFI, Lorena — PONS, Maite — MARELLI, Sandra, "Alimentos derivados del matrimonio", en CALLEGARI, Mariana G. — SIDERIO, Alejandro J. (Directores), Alimentos, Ed. La Ley, 2017, cap. V, IV. 1.a); MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director General), Código Civil y Comercial Explicado, Doctrina - Jurisprudencia - Derecho de Familia - Tomo I - Artículos 401 a 593, HERRERA, Marisa (directora), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2019, su comentario al art. 432.

(10) GRONDONA, Paula, "Alimentos entre cónyuges", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Alimentos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, t. I, cap. V. 2.A.; MOLINA DE JUAN, Mariel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída —

Thomson Reuters

Para hacerlo deberá acompañar al juicio medios de prueba ordinaria o supletoria de la celebración de su matrimonio con quien es accionado, según legislación vigente al día de dicha celebración, así como cualquier medio de convicción que acredite las ya señaladas necesidad, carencia e imposibilidad, así como el incumplimiento y la posibilidad del demandado de ser alimentante.

Por último, y en el punto, cabe señalar que lo dicho es sin perjuicio de que, en hipótesis concreta, bien podría suceder que la especie reclamara la operatividad del art. 710 del Cód. Civ. y Com. a estar del cual "[l]a carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar" **(11)** debiendo recordarse, por lo demás, la facultad otorgada al juez por el art. 709 del mismo de "ordenar pruebas oficiosamente".

IV. Pautas para la fijación de la cuota

La determinación de la cuota alimentaria entre cónyuges convivientes exigirá la ponderación, por el magistrado, de las circunstancias personales de cada uno de aquellos, así como de la organización matrimonial y familiar, o "estrategia", en el decir de Grosman y Martínez Alcorta, que estos se hayan dado para la satisfacción de sus necesidades durante su "vida en común" **(12)**, atendiendo, asimismo, al contexto social vigente al tiempo de dicha determinación **(13)**.

En esa labor, propia de su competencia funcional, la autoridad judicial es imperada por el legislador —de ahí su uso de la expresión "se deben" dirigida a aquella— a "tener en consideración" las pautas que, enunciativa y no taxativamente **(14)** —obsérvese el empleo de ese "entre otras" en el texto—, le indica, mediante la disposición del art. 433 del Cód. Civ. y Com., pautas que han de ser computadas en armónica integración, de aplicación al caso **(15)**.

En tal sentido ha de valorar, en el primero de los aspectos, "la edad y el estado de salud de ambos cónyuges", "la capacitación laboral... de quien solicita alimentos" y "la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia"; en el segundo aspecto, "el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades" y "la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge"; y en el tercero, "la posibilidad de acceder a un empleo... de quien solicita alimentos".

HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, t. I, arts. 401 a 508, su comentario al art. 432; OTERO, Mariano C., "Juicio de Alimentos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, cap. II, punto 5; SANTI, Ana C. en PERRINO, Jorge O. — BASSET, Ursula C. (Directora de la actualización y ampliación) — SANTI, Carolina (Coordinadora de la actualización), Derecho de Familia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. XXIII, punto 531; LANDOLFI, Lorena — PONS, Maite — MARELLI, Sandra, "Alimentos derivados del matrimonio", en CALLEGARI, Mariana G. — SIDERIO, Alejandro J. (Directores), Alimentos, Ed. La Ley, 2017, cap. V, IV. 1. a).; MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director General), Código Civil y Comercial Explicado Doctrina - Jurisprudencia - Derecho de Familia - Tomo I - Artículos 401 a 593, HERRERA, Marisa (directora), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2019, su comentario al art. 432.

(11) OTERO, Mariano C., "Juicio de alimentos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 5, b), 5.

(12) GROSMAN, Cecilia P. — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, "Alimentos entre cónyuges durante la convivencia. Ley 23.515", LA LEY E-1066.

(13) AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, cap. IV, punto 29; SANTI, Ana C. en PERRINO, Jorge O. — BASSET, Ursula C. (Directora de la actualización y ampliación) — SANTI, Carolina (Coordinadora de la actualización), Derecho de Familia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. XXIII, punto 531; LANDOLFI, Lorena — PONS, Maite — MARELLI, Sandra, "Alimentos derivados del matrimonio", en CALLEGARI, Mariana G. — SIDERIO, Alejandro J. (Directores), Alimentos, Ed. La Ley, 2017, cap. V, IV. 1. a).

(14) AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, cap. IV, punto 29 a); RADCLIFFE, María Silvina, "Las relaciones personales en el matrimonio", en KRASNOW, Adriana N. (directora) — DI TULLIO BUDASSI, Rosana — RADYK, Elena, Manual de derecho de familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, cap. VIII, punto 51, c).

(15) LANDOLFI, Lorena — PONS, Maite — MARELLI, Sandra, "Alimentos derivados del matrimonio", en CALLEGARI, Mariana G. — SIDERIO, Alejandro J. (directores), Alimentos, Ed. La Ley, 2017, cap. V, IV. 1. b).

Thomson Reuters

Para ello la mencionada autoridad judicial ha de ser informada por las partes, representadas o con dirección letrada, de manera "completa y detenida" **(16)** respecto de los ya señalados rubros.

Asimismo, el ya citado art. 433 del Cód. Civ. y Com. manda que el juez ha de tener en cuenta también "si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial", disposición que ha merecido la crítica adversa de Basset quien ha observado, en posición que compartimos, que "la necesidad alimentaria no se relaciona con el tiempo de convivencia", motivo por el cual concluye en que "[n]o creemos que constituya dicho parámetro una pauta válida para meritar la procedencia y cuantía de la cuota alimentaria" **(17)**.

Podría, sí, ser considerada la mencionada duración de la convivencia en función del nivel de vida adquirido por los cónyuges el cual, como se verá, proyectará su entidad al *quantum* de la cuota a determinarse.

V. Contenido de la cuota

En relación con esto, es cierto que el art. 432 del Cód. Civ. y Com. dispone que "esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes", lo cual se traduciría, consecuentemente, en la aplicación a la hipótesis que aquí se estudia de la del art. 541 de aquel con su limitación propia dado que, a estar de este, "[l]a prestación de alimentos comprende *lo necesario* **(18)** para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante", caracterización, según texto resaltado, y taxativa enumeración de rubros que indica la ya señalada restricción **(19)**.

Pero no es menos verdad que la aludida remisión "a los alimentos entre parientes" lo es "en cuanto sean compatibles" lo que conduce, a nuestro juicio, a que, dada la vigencia aún del matrimonio en convivencia, el referido *quantum* ha de atender a que "el peticionante se mantenga en el nivel económico del que goza el matrimonio" **(20)**.

Como toda cuota alimentaria la determinada en la especie podrá ser modificada siempre y cuando las circunstancias de hecho tenidas en cuenta para su fijación hayan variado siendo proyectable al caso, conforme la configuración de este, la doctrina y la jurisprudencia puntualmente elaborada en la materia **(21)**.

VI. El cese de la cuota

La muerte, tanto del alimentado como del alimentante, hace cesar la cuota. Así surge de la aplicación al caso de la disposición del art. 554 del Cód. Civ. y Com., integrante del régimen de los alimentos entre parientes, al cual remite, para los debidos entre cónyuges convivientes, la del art. 432 de aquel.

Asimismo, cesa "si desaparece la causa" que motivó la determinación de la cuota lo que conllevará, entonces, en esencia y sintetizadamente dicho, la circunstancia de que el alimentado

(16) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa — D' ANTONIO, Daniel H., "Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, t. II, cap. VII, punto 29.2.

(17) BASSET, Ursula C., en ALTERINI, Jorge H. (Director General), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, arts. 401 a 723, su comentario al art. 433.

(18) El destacado me pertenece.

(19) AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, cap. VIII, punto 58, d); OTERO, Mariano C., "Juicio de alimentos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 10, f.

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — LLOVERAS, Nora — FARAONI, Fabián, "Matrimonio" en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia, t. V-A, cap. I, punto 7.2

(21) Ver BOSSERT, Gustavo A., ob. cit., cap. XI, SÁNCHEZ, Daniela A. — SAÁ, Zarandón, "Variación y extinción de la cuota de alimentos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — MOLINA DE JUAN, Mariel (directoras), Alimentos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014.

Thomson Reuters

pueda "cubrir sus necesidades con sus recursos" **(22)**.

En cuanto al cese en la hipótesis de que "el cónyuge alimentado" inicie "una unión convivencial" es de advertir que su concurrencia es imposible puesto que la vigencia del matrimonio de aquel impediría, a estar del art. 510 del Cód. Civ. y Com., la configuración de la ya mencionada "unión convivencial".

Razonable es entender, entonces, que lo que el legislador ha querido impedir es que la persona que conviva con otra en "aparente matrimonio" continúe siendo alimentada por su cónyuge puesto que "si... ha formado una nueva unión, el sostén económico debe provenir de su nueva pareja" vedándose así, tal el art. 10 del Código lo impera, el ejercicio abusivo por aquella de su derecho, en el caso alimentario **(23)**.

Por lo demás, no se ve cómo sería factible que quien aún "convive" con su alimentante, dado su matrimonio con este, pudiera hacerlo, a un tiempo, con otra persona en el modo señalado.

También cesa si el alimentado "incurre en alguna de las causales de indignidad" listadas en el art. 2281. Lo contrario constituiría un abuso de derecho de aquel en perjuicio de su alimentante **(24)**.

De la misma manera la cuota concluye si la convivencia conyugal finaliza atento a la sobrevenida ausencia del ámbito de operatividad que le es propio.

Sin perjuicio de dicha extinción podrá, quien pretenda continuar siendo alimentado por su cónyuge, demandarlo con tal objeto en tanto separado de hecho de este, conforme art. 432 del Cód. Civ. y Com. y pautas del art. 433.

Asimismo, el cese de la cuota operará por ministerio de la sentencia de divorcio de los cónyuges, firme que sea, pudiendo el hasta entonces alimentado accionar con el fin de seguir siéndolo si es que concurre, a su respecto, alguna de las hipótesis reguladas por el art. 434 del Cód. Civ. y Com. en sus incs. a) y b).

VII. Quid de la determinación de la cuota por convenio

Sea extrajudicialmente, sea en el curso del proceso judicial por su fijación, los cónyuges convivientes bien pueden acordar con relación a la cuota alimentaria que el uno le deberá al otro **(25)**.

Tal convenio adquirirá fuerza ejecutiva mediante su homologación, oportunidad en la que el magistrado deberá evitar que este conlleve abuso de derecho pudiendo, incluso, ordenar pruebas oficiosamente para el esclarecimiento de la especie.

---

(22) GRONDONA, Paula, "Alimentos entre cónyuges", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — MOLINA DE JUAN, Mariel (directoras), Alimentos, ob. cit., cap. V. 2.C.; LANDOLFI, Lorena — PONS, Maite — MARELLI, Sandra, "Alimentos derivados del matrimonio", en CALLEGARI, Mariana G. — SIDERIO, Alejandro J. (directores), Alimentos, Ed. La Ley, 2017, cap. V, V. 4.

(23) MOLINA DE JUAN, Mariel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, t. I, arts. 401 a 508, su comentario al art. 433; LANDOLFI, Lorena — PONS, Maite — MARELLI, Sandra, "Alimentos derivados del matrimonio", en CALLEGARI, Mariana G. — SIDERIO, Alejandro J. (Directores), Alimentos, ob. cit.

(24) MOLINA DE JUAN, Mariel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, "Tratado de Derecho de Familia..." ob. cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — LLOVERAS, Nora — FARAONI, Fabián, "Matrimonio" en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia, t. V-A, Cap. I, punto 7.5.

(25) SANTI, Ana C. en PERRINO, Jorge O. — BASSET, Ursula C. (directora de la actualización y ampliación) — SANTI, Carolina (Coordinadora de la actualización), Derecho de Familia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. XXIII, punto 532.

Thomson Reuters

Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias

Mariana G. Callegari - Sergio W. Cava - Juan Manuel del Castillo - Lorena Landolfi - Sandra Marelli - Máximo Musich - Lucila Pombo - María Agustina Rizzo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias.— III. Consideraciones finales.

I. Introducción

Del 26 al 28 de septiembre del corriente año, se llevaron a cabo en la provincia de Santa Fe las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral y con el equipo docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), presentamos como ponencia "Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias".

Luego de analizar en la cátedra el tema, la ponencia presentada propuso la necesidad de regular en una futura reforma legislativa la posibilidad de celebrar pactos de convivencias asistenciales o solidarias entre dos o más personas.

Los "Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias" consisten en acuerdos realizados por personas unidas por una relación —sin que medie entre ellas una relación necesariamente afectiva o amorosa, conocida por la sociología también como "amor romántico" —, basados en la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar.

Una norma en este sentido permitirá realizar acuerdos a una gran cantidad de personas que hoy están unidos por una relación y especialmente, a aquellos que se encuentran dentro de la franja etaria de la tercera edad y que, por su condición de personas vulnerables, requieren un amparo especial del derecho.

La ponencia refleja los lineamientos que el Dr. Marcos Córdoba viene explicando desde hace más de una década frente al vacío legal existente en nuestra legislación para regular la situación jurídica de aquellas personas que desean o necesitan contención recíproca, sin que necesariamente medie entre ellos una relación amorosa.

Con el voto de la mayoría **(1)**, la ponencia fue aprobada, redactándose como despacho *de lege ferenda:* "Se debe contemplar en una futura reforma legislativa la posibilidad de que dos o más personas, con relaciones afectivas entre sí y mediante el ejercicio de su libre voluntad puedan celebrar Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias basados en la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar" **(2)**.

II. Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias

En diciembre de 2018, se presentó ante la Cámara de Senadores un proyecto de ley para regular la figura de las "convivencias asistenciales" o también definida como "Pactos de convivencias solidarias". Sostiene la necesidad de regular todo tipo de convivencia con respeto a la libertad, la autonomía de la voluntad y la libre elección de motivación, proveyendo de los

(*) Equipo docente de la asignatura "Familia y Sucesiones". Cátedra del Dr. Marcos M. Córdoba. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(1) A favor: 11; en contra: 2; abstenciones: 4.

(2) Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional del Litoral 26 y 27 de septiembre de 2019, Comisión N.º 7 https://drive.google.com/file/d/162atEI0Fz4_9elKId94Kioaq2LDQ-mmR/view.

Thomson Reuters

instrumentos necesarios para la seguridad social de los convivientes y la asistencia recíproca. Pone especial énfasis en lo que se refiera al derecho a la vivienda, la prestación alimentaria, la asistencia en la salud, y los derechos a pensión.

Los lineamientos del proyecto están basados en las ideas propuestas por el destacado jurista Dr. Marcos Mauricio Córdoba, quien ha colaborado en su elaboración y la figura de pactos de convivencias asistenciales o solidarias fue un punto destacado en el V Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en el año 2009 en la ciudad de Córdoba, tema por el que se han elaborado diversas publicaciones doctrinarias sobre la materia **(3)**.

Como fundamento para la creación de la figura de convivencias asistenciales o solidarias podemos indicar que en la actualidad existen en nuestra sociedad no solo familias matrimoniales o derivadas de uniones convivenciales, sino también otras uniones que no cuentan con protección legal. En nuestra sociedad existen personas que eligen convivir sin que por ello constituyan una pareja en el sentido de una unión con atracción de amor conocida por la sociología también como "amor romántico", motivados en la necesidad de asistirse mutuamente, tanto económica como espiritualmente.

La falta de regulación de estas uniones convivenciales o solidarias podría provocar una discriminación negativa, entendida como aquella que provee un trato desigual a los iguales, pero también, a la que provee un trato igual a los desiguales. Por ello, no solo debe regularse el matrimonio y las uniones convivenciales, sino que debe contemplarse todo tipo de convivencia, respetándose de este modo la libertad, la autonomía de la voluntad y la libre elección de motivación, otorgando los instrumentos necesarios para la seguridad social de los convivientes y la asistencia recíproca.

Podría resultar discriminatorio limitar los beneficios de la asistencia solo a los sujetos de la familia de fundación matrimonial o las establecidas por uniones convivenciales, pues en la actualidad existen ilimitadas variantes y motivaciones por las cuales una o varias personas puedan querer asistirse recíprocamente. Ya no se puede desviar la atención que estos temas merecen, nuestra legislación debe adaptarse a los cambios que nuestra sociedad atraviesa diariamente.

Las uniones podrían ser, p. ej., dos o más hermanos o hermanas del mismo o diverso sexo, o parientes, incluso amigos que conviven asistiéndose recíprocamente, aportando uno la vivienda, el otro la jubilación o sus ingresos, proveyendo asistencia espiritual o ayuda en el tratamiento de enfermedades, etc., a veces sin ningún tipo de parentesco ni motivación sexual y que recurren a la convivencia como modo de subsistencia.

Existirán infinidad de casos, sobre todo en personas que se encuentran en una situación económica precaria. Estos son dignos ejemplos de la composición de las llamadas "convivencias asistenciales" o "pactos de convivencias solidarias" y estos tipos de convivencias, y puntualmente para esas personas que las integran, nada se prevé en lo proyectado en nuestra legislación vigente.

Las "convivencias asistenciales" o "pactos de convivencias solidarias" encuentran su principal fundamento en el principio de solidaridad, premisa básica que rige dichas convivencias y que enmarca un conjunto de aspectos que logra relacionar o unir a las personas entre sí, mediando entre ellas un deseo de colaboración y ayuda mutua, motor esencial que promueve y alienta dichas convivencias.

El principio de solidaridad familiar importa la defensa de los más vulnerables, los más débiles. En tal sentido coincidimos con un sector de la doctrina que instituye a la solidaridad como principio general del derecho, pues, es la piedra angular sobre la que se construye la sociedad. Sin solidaridad, no hay comunidad, país o nación. Constituye un verdadero principio jurídico rector de todos los principios generales del derecho **(4)**, en razón que todos ellos contienen

(3) VANELLA, Vilma R., "Convenios de convivencias asistenciales. Necesidad de su regulación legal contemplando todo tipo de convivencias", LA LEY 2011-A,602, AR/DOC/7802/2010.

(4) CÓRDOBA, Marcos, "La solidaridad es un principio general aun no positivizado en el derecho argentino", JA 9-3-16.

Thomson Reuters

su noción, al igual que la buena fe sobre el cual se asientan otros principios y normas que organizan la sociedad.

En este norte en forma contundente se ha indicado que debe reconocerse a la solidaridad familiar como principio general del derecho **(5)**, fundando su expresión en que esta, constituye una noción de contenido ético moral, reconocido por el estándar social y en la actualidad, solo ha sido introducida al derecho positivo en contenidos de normas particulares **(6)**.

Este principio de solidaridad es el pilar de los pactos de convivencias asistenciales o solidarias y que debe reflejarse en el derecho a la vivienda, a la prestación alimentaria y a la salud, sin perjuicio de otros derechos que las partes deseen acordar, como puede ser, por ejemplo, lo relativo a las compensaciones económicas.

El principio de la autonomía de la voluntad y el principio de libertad de contratación, permitiría a los adultos interesados formalizar un contrato como acuerdo de voluntades, es decir, formalizar "la palabra" a través de acuerdos en materia convivenciales, brindando de esa forma seguridad jurídica frente a terceros.

Desde la órbita constitucional, todas las personas tienen derecho a asociarse con fines lícitos, conforme el art. 14 de la CN. Además, no le corresponde al Estado indagar en las motivaciones privadas por las cuales las personas se asocian y se asisten recíprocamente, las cuales quedan reservadas a su fuero íntimo, principio constitucional emanado del art. 19 de nuestra Carta Magna. Sin embargo, eso no significa que la ley no deba ocuparse de proteger a las personas que eligen convivir. Resulta beneficioso que las personas convivan, por razones de subsidiariedad: dichas convivencias promueven la solidaridad recíproca, la amistad social, se resuelven problemas habitacionales y se asiste a las personas que por motivos afectivos tienen un proyecto común de vida. La legislación debe proteger a las personas que deciden convivir, sin discriminación alguna, aun cuando no constituyan una pareja, sean parientes, amigos o conocidos que encontraron en dicha unión una forma de vida.

La ley tiene el deber de atender aquellas situaciones que involucran a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad pero que la unión entre ellas no se ajusta a las uniones establecidas por las normas. Se trata de aquellas uniones motivadas en la necesidad de otorgar vivienda, asistencia en alimentos e incluso acompañamiento en enfermedades.

El desamparo legal desprotege totalmente a ambas partes, pues en caso de fallecimiento de uno de ellos, el que le sobrevive no dispone de derechos que le permitan sobrevivir a dicha situación, sea perdiendo su posibilidad de seguir viviendo en el inmueble (en los casos que dicha propiedad pueda ser exclusiva del causante) o la posibilidad de disponer de ingresos necesarios para poder sostener su propia subsistencia (en aquellos casos donde la jubilación o pensión del causante era el ingreso principal en materia alimenticia).

El problema habitacional suele ser el principal generador de este tipo de convivencias, ya que, en la actualidad, se torna difícil sostener o acceder a una vivienda sobre todo en sectores de mayor vulnerabilidad. Las modificaciones de la pirámide poblacional demuestran, p. ej., que cada vez habrá más personas ancianas que requieran asistencia.

También la asistencia de alimentos genera la necesidad de uniones asistenciales y los adultos convivientes, podrían acordar obligaciones alimentarias y su extensión, garantizándose de esta manera la máxima libertad en los términos de los pactos convivenciales.

En tanto a los derechos previsionales, el principal fundamento de las pensiones es sustituir la función de las jubilaciones, sueldos o salarios, en su naturaleza alimentaria. Ello hace razonable que, si los convivientes han gozado de una remuneración o jubilación, quien sobrevive pueda ser acreedor de ella en los mismos térmi-

(5) CÓRDOBA, Marcos, en su presentación al tomo III - Derecho Moderno "Liber Amicorum", en su homenaje; III Congreso Internacional "Buena Fe y Solidaridad Jurídica" celebrado el 21 de noviembre de 2016 en el Salón Dorado de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

(6) CÓRDOBA, Marcos, exposición en "Conferencia bilateral de Juristas Rusos y Argentinos de Derechos Humanos", CPACF, Ciudad de Buenos Aires, 17 de septiembre de 2014.

Thomson Reuters

nos que las uniones de hecho que poseen estabilidad siempre que el régimen de la seguridad social lo permita.

Este régimen especial permitiría a las personas asociarse asistencialmente, garantizando sus derechos sin discriminación por razón alguna y sin limitar a la cantidad de personas que desean beneficiarse, con el único requisito de acreditar la convivencia mediante su registración constitutiva a fin de que esta pueda ser oponible a terceros. Con la registración también se profundizarían los mecanismos para no afectar el orden público, brindando seguridad jurídica al sistema. Tal solución aliviaría la carga de asistencia social del Estado y potenciaría la libertad asociativa de los individuos. Ingresados al régimen, los convivientes podrán beneficiarse con un rango de ventajas legales de índole contractual, de seguridad social, alimentarias y habitacional.

Es necesario regular todos los tipos de uniones entre personas —matrimoniales, convivenciales y solidarias— con un proyecto de ley que dé respuesta a las demandas de un sector de la sociedad, con proyectos inclusivos que no invadan la privacidad ni discriminen por motivaciones privadas, protegiendo la autonomía de la libertad pues la motivación sexual no es la única que origina la convivencia **(7)**. Es necesario legislar para todos, no para algunos, con proyectos inclusivos; lo contrario dejaría a cientos de miles de personas en el desamparo, máxime si se considera que la normativa vigente, dentro del instituto de matrimonio, no establece como requisito constitutivo de tal unión la atracción sexual ni el amor romántico. No interesa al derecho si los convivientes se encuentran unidos por atracción sexual. Lo que debe prevalecer es el interés asistencial y solidario entre personas unidas por el afecto.

III. Consideraciones finales

Cotidianamente decimos o escuchamos frases que hacen eco del atraso de nuestra legislación con relación a los avances sociales y culturales. Esto no es novedad para ninguno y por ello la importancia de los resultados de las ponencias presentadas en las Jornadas de Derecho Civil, las cuales no solo plantean interrogantes de nuestra legislación vigente, como son los casos de interpretación de la norma, sino otras, como el de las convivencias asistenciales o solidarias, que buscan avanzar en el reconocimiento de derechos y llenar un vacío legal brindando soluciones a situaciones cotidianas por las cuales muchas personas quedan totalmente desamparadas de mínimas protecciones.

Por ello, en la Jornadas sostuvimos como conclusiones: 1) Toda vez que con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación actual no se ha considerado la situación de determinadas personas que quieren celebrar Pactos de Convivencias Asistenciales o Pactos de Convivencias Solidarias, proponemos contemplar en una futura reforma legislativa la posibilidad de que dos o más personas, con relaciones afectivas entre sí y mediante el ejercicio de su libre voluntad puedan celebrar Pactos de Convivencias Asistenciales o Solidarias basados en la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar. 2) Existe actualmente un vacío legal que desampara a un gran número de habitantes, sobre todo perteneciente a la tercera edad, que necesitan soluciones precisas en materia de vivienda, alimentos, salud, entre otras, que el Estado y las familias no puede garantizar. 3) Existe la necesidad de regular en el Código Civil y Comercial de la Nación la figura de los Pactos de Convivencia Asistenciales o Pactos de Convivencias Solidarias, del mismo modo que fue regulado el matrimonio y las uniones convivenciales. 4) El principio de solidaridad es la base para todo tipo de convivencias asistenciales, reflejándose principalmente en el derecho a la vivienda, el derecho a la prestación alimentaria y el derecho la asistencia en la salud, como así también, si las partes de lo desean, lo relativo a las compensaciones económicas. 5) La autonomía de la voluntad regla todo tipo de convivencias, incluso las solidarias, teniendo los convivientes la posibilidad de formar, modificar, rescindir y extinguir los pactos de convivencia que entre ellos celebren.

Por estas razones, resultaría muy positivo que nuestra legislación contemple la posibilidad de celebrar "Pactos de Convivencias Asistenciales (o Pactos de Convivencias Solidarias)" basados en los principios de autonomía de la voluntad, libertad, intimidad y solidaridad entre personas.

(7) CÓRDOBA, Marcos M., "Por un Proyecto inclusivo de uniones", LA LEY 2010-D, 1324, AR/DOC/5037/2010.

Thomson Reuters

Los acuerdos familiares respecto a los niños y su eficacia extraterritorial

Luciana B. Scotti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La eficacia extraterritorial de los acuerdos familiares, en especial aquellos que involucran a niños.— III. Desarrollos y avances en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.— IV. Colofón.— V. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

En los últimos tiempos, la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho privado, con algunos límites adicionales a su despliegue en el ámbito de los negocios internacionales, ha ganado terreno para la autorregulación de las relaciones familiares.

En efecto, estamos presenciando una tendencia hacia la contractualización **(1)** del derecho de familia en los ordenamientos jurídicos estatales. La libertad individual es revalorizada, mientras que decrece la intervención de Estado en estos ámbitos **(2)**.

En el sector del derecho aplicable, algunos autores entronizan a la libre autonomía de las partes como la conexión conflictual del futuro, en especial para la autorregulación de la vida matrimonial y de su crisis **(3)**.

Desde otro plano, el principio de autonomía de la voluntad, así como la necesidad de implementar políticas para mejorar el acceso a la justicia contribuyen al florecimiento de mecanismos o sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR), entre los que destacan la me-

(*) Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Categoría I (Ministerio de Educación). Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Directora del Proyecto UBACyT, Categoría Modalidad I: "La mediación transfronteriza como mecanismo idóneo de solución de las controversias en asuntos de familia, en particular en los casos de restitución internacional de niños" (2018-2021). Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

(1) La palabra "contractualización" "traduce una tendencia que consiste en dar un lugar cada vez más grande a la autonomía negocial; se habla de contrato no en sentido estricto, sino amplio, o sea, como sinónimo de convención, pacto, acuerdo de voluntades susceptible de producir efectos jurídicos... Por contractualización de la familia se entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. la tendencia no se reduce, pues, a los convenios que contienen vínculos obligacionales cuyo objeto es susceptible de tener valoración económica y que responden a un interés, aunque no sea económico del acreedor... Comprende, también otro tipo de acuerdos que no son susceptibles de tener valoración económica". Cfr. Kemelmajer de Carlucci, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en SOLARI, N. E., Derecho de las familias, infancia y adolescencia: Una mirada crítica y contemporánea, Buenos Aires, Ediciones INFOJUS, 2015, 2ª ed., pp. 4-6.

(2) Ver entre otros, Gannagé, P., "La pénétration de la volonté dans le droit international privé de la famille", Revue critique de Droit international privé, 1992, pp. 425 y ss.; Carlier, Jean-Yves, Autonomie de la volonté et statut personnel, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, Bruylant, 1992.

(3) Diago Diago, M. P., "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", en Rev. Española de Derecho Internacional, vol. LXVI/2 Madrid, julio-diciembre 2014, pp. 49-19.

Thomson Reuters

diación y la conciliación, tanto para resolver los conflictos entre adultos (cónyuges o convivientes), como también en casos que involucran a niños.

Recientemente, los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), aprobados por la Asamblea de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, en su reunión celebrada en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016, establecen en lo que aquí nos interesa el Principio de "favorecimiento de soluciones amistosas" en los siguientes términos: "Los Estados y los jueces deben fomentar, facilitar y favorecer soluciones amistosas a través de la negociación, la mediación, la conciliación o cualquier otro mecanismo de resolución no judicial de conflictos" **(4)**.

En efecto, como señala el Grupo de Expertos sobre reconocimiento y ejecución de acuerdos familiares respecto a los niños de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se puede observar una mayor disposición en el derecho de familia para aceptar que los padres están, en principio, en la mejor posición para ordenar los asuntos de su familia, considerando los mejores intereses de sus hijos **(5)**.

La voluntariedad está en la esencia de tales mecanismos, al punto de erigirse en uno de sus principios. En la mayoría de los casos, las partes pueden elegirlos libremente **(6)**, y en particular, siempre pueden decidir pactar o no hacerlo, alcanzar o no un acuerdo a través de ellos.

Como es bien sabido, la mediación y la conciliación son métodos autocompositivos de solución de controversias. De hecho, son procedimientos no adversariales, pues serán las propias partes enfrentadas las que intentarán alcanzar un acuerdo o reducir la intensidad de su enfrentamiento, orientadas por un tercero imparcial quien intentará acercar posturas, pero que carecerá de la responsabilidad y de la autoridad para poner fin a la disputa planteada.

Efectivamente, "la mediación familiar es un trámite estructurado en el transcurso del cual un mediador imparcial permite a los miembros de una familia en crisis, generalmente los padres, hablar de manera constructiva del conflicto y de la manera mediante la cual van a cuidar a sus hijos en el futuro. El objetivo es facilitar la comunicación y el intercambio para encontrar soluciones que convengan a todos los miembros de la familia afectados por el conflicto" **(7)**.

Prestigiosa doctrina ha destacado que un resultado exitoso de este método comporta una actitud diferente a la hora de solucionar sus diferendos: "los involucrados en el conflicto no han de perseguir una victoria sobre el otro (o los otros), como ocurre en los medios hetero-compositivos de resolución de controversias (litigios judiciales, arbitraje); al contrario, deben participar en la elaboración de un acuerdo en el que todos ganen. Esta cultura de pacto coadyuva a la reducción de la intensidad del conflicto y favorece la conservación de las relaciones familiares y personales" **(8)**.

Ello conlleva a que los asuntos de familia, tales como el ejercicio de la responsabilidad parental, el régimen de comunicación o contacto, la restitución internacional de niños, las medidas

(4) Disponibles en http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(5) HCCH, Report of the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children (The Hague, 2-4 November 2015), Prel. Doc. Nro. 5 of January 2016 - Prel. Doc. Nro. 5, enero 2016. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

(6) En algunas ocasiones, son los propios jueces los que derivan a las partes a una mediación, y en otros supuestos, la ley impone este mecanismo para resolver ciertas controversias, sobre todo como una etapa previa a la instancia judicial, generalmente en el intento de descomprimir la labor de los tribunales judiciales.

(7) Servicio Social Internacional (SSI), "Resolver los conflictos familiares. Una guía para la mediación familiar internacional", Ginebra, 2015, p. 7. Disponible en https://www.iss-ssi.org/images/Conf-MFI/guides/Guide_ES.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(8) OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de Menores", en F. ALDECOA LUZÁRRAGA - J. Forner Delaygua (dirs.) La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 3. Disponible en http://eprints.ucm.es [Consulta: 22/04/2020].

Thomson Reuters

de protección, las obligaciones alimentarias, las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de una separación o divorcio, pueden lograr una solución a medida para el conflicto concreto que se ha suscitado.

Ahora bien, los alcances de los acuerdos a los que pueden arribar las partes, máxime cuando están involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes, son muy diversos en cada Estado, en especial en relación con su fuerza ejecutiva, es decir con su eficacia extraterritorial en otros Estados con los que la disputa también esté vinculada.

En esta ocasión, entonces, nos detendremos en las dificultades que se presentan a la hora del reconocimiento y eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados, focalizando nuestro análisis en los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en esta materia. Finalmente, compartiremos algunas reflexiones personales.

II. La eficacia extraterritorial de los acuerdos familiares, en especial aquellos que involucran a niños

Así como se ha erigido en un sector principal del Derecho Internacional Privado, lo atinente al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros, hoy también tenemos que abordar y generar soluciones satisfactorias en relación con la eficacia de otros actos, como decisiones administrativas, acuerdos alcanzados en el marco de una mediación o conciliación, e incluso de situaciones privadas internacionales que no necesariamente surgen a partir de una decisión o acto.

En efecto, en lo que atañe a este trabajo, resulta de suma importancia evaluar la eficacia extraterritorial del acuerdo alcanzado en las otras jurisdicciones comprometidas. Si bien la solución obtenida por las partes durante el procedimiento de mediación, generalmente, no requiere la ejecución, debido a que, tal como señalamos, las partes quedan satisfechas con ella y están interesados en su cumplimiento, no siempre es así, y puede requerirse su reconocimiento y ejecución judicial.

Así lo han advertido los especialistas: "una de las mayores problemáticas en la mediación radica en su cumplimiento, en la no previsión de un mecanismo de *enforcement* del acuerdo de mediación a nivel internacional. Esta falta de ejecutividad del acuerdo de mediación es el principal obstáculo para la globalización de la mediación..." **(9)**.

Precisamente, "el éxito de la mediación, como sistema para la resolución de conflictos entre particulares... reside en la fuerza vinculante y ejecutiva que dichos acuerdos puedan tener más allá del Estado en el que han sido dictados. Para que un acuerdo de mediación despliegue sus efectos más allá del territorio en el que ha sido adoptado es necesario someter dicho acuerdo a un previo reconocimiento y, en caso necesario, a una declaración de ejecutividad, lo que se conoce como *exequatur"* **(10)**.

En todo caso, siempre debe comprobarse que las legislaciones de ambos Estados en juego (requirente y requerido) admitan la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae, a los fines de ser pasible de reconocimiento y ejecución.

En efecto, "la autonomía de la voluntad que consagra la mediación va a encontrar límites provenientes de la disponibilidad de los derechos y deberes sujetos a mediación internacional, y por la obligación, en muchas ocasiones, de someter a una ley concreta el contenido del acuerdo de mediación... En primer lugar, hay que tener en cuenta que únicamente se puede mediar respecto a derechos y obligaciones que sean libremente disponibles por las partes... Es un tema de vital importancia ya que se trata de una cuestión sobre la que es habitual que haya

(9) Navas Glembotzky, J. R., "El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones", Rev. para el Análisis del Derecho, InDret 2/2014, Barcelona, abril de 2014, p. 4. Disponible en http://www.indret.com/pdf/1054___es.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(10) Feliu Álvarez de Sotomayor, S., "El exequátur de los acuerdos de mediación entre particulares en la región mediterránea", en R. GRASA - A. BLANC - M.P. Diago Diago, La aplicación de la Mediación en la Resolución de los Conflictos en el Mediterráneo, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2014, pp. 277-278.

Thomson Reuters

diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, más aún al tratarse de Derecho de familia..." **(11)**.

Dicha disparidad de concepciones plasmadas en ordenamientos jurídicos, con disposiciones diferentes, y en ocasiones incompatibles, pueden poner en peligro la eficacia del acuerdo en el Estado que no reconoce la disponibilidad de las materias objeto de su contenido **(12)**.

Por otro lado, es importante advertir que no siempre la validez legal de un acuerdo implica automáticamente su exigibilidad en caso de falta de cumplimiento por alguna de las partes.

En ocasiones, adicionalmente a la validez, se exigen otras formalidades para que el acuerdo sea ejecutable, p. ej. que se haya concluido ante un notario o que sea registrado ante una autoridad competente, o que haya intervenido un mediador certificado o bien que haya sido aprobado u homologado por un tribunal judicial.

En definitiva, el acuerdo puede ser ejecutable por sí mismo, o en cambio, puede requerirse la intervención de una autoridad competente, generalmente de un tribunal judicial.

Para el primer caso, básicamente, necesitaremos de algún instrumento internacional, preferentemente convencional, que disponga que bajo ciertas condiciones mínimas (p. ej. que el acuerdo fue celebrado en un Estado parte —el Estado de origen—, y que allí resulta plenamente exigible; que su contenido no afecte principios fundamentales), el acuerdo es ejecutable *per se*.

Para el segundo supuesto, debemos recurrir a las condiciones legales o convencionales, según el caso, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, en donde juegan un papel destacado exigencias como el control de la competencia de la autoridad del Estado de origen, así como el orden público internacional.

Cabe poner de relieve que existen algunos avances normativos parciales respecto a la ejecutabilidad de estos acuerdos.

En el ámbito de la Unión Europea (UE) **(13)**, el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, sobre la base del Reglamento nro. 1215/2012, de 12/12/2012 (Bruselas I *bis*), que sustituyó al Reglamento nro. 44/2001 del Consejo, de 22/12/2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento nro. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II *bis*), o del Reglamento nro. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Bruselas III), según el caso de que se trate.

El Reglamento nro. 1215/2012 ha significado un avance en materia de ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil pues suprime el *exequatur* o declaración de ejecuti-

(11) M. del C. CHÉLIZ INGLÉS, M. del C., "Alcance y retos de la mediación en la sustracción internacional de menores: Países no contratantes del Convenio de La Haya de 1980", en GRASA, R. — BLANC, A. - DIAGO DIAGO, M. P., La aplicación de la Mediación en la Resolución de los Conflictos en el Mediterráneo, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2014, p. 266.

(12) De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la disponibilidad o no de un derecho u obligación debe precisarse conf. a la ley que determinen las correspondientes normas de Derecho Internacional Privado que regulen la materia concreta de que se trate (relaciones conyugales, responsabilidad parental, alimentos, etc.). Por ende, es factible que un mismo acuerdo de mediación se rija por diversas leyes en función de las materias sobre las que se pacte, puesto que la ley aplicable a cada una de estas materias vendrá determinada por normas conflictuales distintas.

(13) El primer impulso de la UE a la utilización de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones familiares internacionales, fue dado en la Cumbre de Viena de diciembre de 1998, donde se adoptó el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Thomson Reuters

vidad. Es decir que un acuerdo cristalizado en una resolución judicial gozará de fuerza ejecutiva en todos los Estados de la UE, sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva.

Además, el art. 58 dispone: "Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva. La ejecución de un documento público solo podrá denegarse en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido".

Es decir que, si un acuerdo consta en escritura pública, la parte interesada podrá ejecutarlo en un Estado miembro de la UE, sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva. Tan solo deberá presentar una copia de la escritura y un certificado según el modelo de formulario que figura en el anexo II del Reglamento 1215/2012.

Las resoluciones judiciales también circulan libremente entre los Estados miembros, y son ejecutables sin más trámite en el marco del Reglamentos Bruselas II *bis* (Reglamento nro. 2201/2003). Asimismo, los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales (art. 46).

Cabe señalar que el pasado 2 de julio de 2019 fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 **(14)**, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores. El nuevo texto comunitario se aplicará a partir del 22 de agosto de 2022 y sustituirá al Reglamento nro. 2201/2003.

Su art. 65 establece expresamente que el reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos. Distingue aquellos atinentes a separación y divorcio, de los que referentes a cuestiones de responsabilidad parental. Sobre los primeros, indica que aquellos que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen se reconocerán en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial. En relación con los documentos públicos y los acuerdos en materia de responsabilidad parental que tengan efecto jurídico vinculante y tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen se reconocerán y ejecutarán en otros Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva.

A su turno, el Reglamento nro. 4/2009 (Bruselas III), a efectos del reconocimiento, de la fuerza ejecutiva y de la ejecución de resoluciones, prevé una distinción entre los Estados miembros que están vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, y los que no lo están. En el primer supuesto, tanto el reconocimiento como el *exequatur* serán automáticos (art. 17). Para el segundo caso, se admite el reconocimiento automático y la declaración de ejecutividad jurisdiccional (arts. 23 y 26). Las transacciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva se benefician igualmente de un sistema semejante al previsto para este tipo de documentos en el Reglamento Bruselas I (art. 48).

Por su parte, el art. 6° de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles **(15)**

(14) El art. 25 del nuevo instrumento comunitario, además, dispone formas alternativas de resolución de litigios en materia de restitución internacional de niños: "Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento".

(15) El instrumento más importante con que cuenta la UE en materia de mediación es la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva define "mediación" en su art. 3.a) como "un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de

Thomson Reuters

establece el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación en los siguientes términos: "Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo".

La disposición agrega: "El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud".

La Directiva, dada su propia naturaleza, establece una obligación dirigida a los Estados miembros para el establecimiento de un mecanismo a través del cual los acuerdos de mediación puedan ser ejecutables a petición de ambas partes o de una de ellas con el consentimiento explícito de la otra. Pero la elección de dicho mecanismo ha sido librada a lo que disponga cada uno de los Estados de la UE en la respectiva ley de transposición **(16)**.

En el plano comercial, la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) **(17)** de 2002, ya señalaba: "Si las partes

su litigio con la ayuda de un mediador". Los supuestos en los cuales es posible acudir a la mediación son los siguientes: a) El menor ha sido sustraído o retenido por el otro progenitor y se pretende hacerlo razonar para que lo devuelva voluntariamente o bien para que acceda a fijar un régimen de visitas a favor del progenitor no sustractor; b) Existe riesgo de que el menor sea traslado o retenido ilícitamente por el otro progenitor, ya que este conserva vínculos con otro Estado; c) El otro progenitor desea trasladar su domicilio y el del menor al extranjero, y desea invitarlo a organizar el régimen de visitas por vía pacífica; d) La persona que acude al mediador pretende mudarse al extranjero con el menor pero teme que el otro progenitor le denuncie por la sustracción del menor o menores. Como consecuencia de la Directiva 2008/52/CE se creó en el contexto de la UE un programa de mediación transfronteriza y una red de mediadores familiares internacionales.

(16) Así p. ej., en España, de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para que un acuerdo de mediación pueda gozar del rango de título ejecutivo, las partes mediante solicitud conjunta o mediante la solicitud de una parte con el consentimiento expreso de la otra lo deben elevar a escritura pública. Una vez que el acuerdo de mediación tenga carácter ejecutivo en España, podrá ser reconocido y ejecutado en el resto de Estados Miembros de la Unión Europea mediante las disposiciones de los reglamentos comunitarios pertinentes. En cuanto a los acuerdos provenientes de Estados fuera del ámbito UE y Lugano, para poder ser ejecutados en España deberán cumplir una serie de condiciones acumulativas: a) haber obtenido fuerza ejecutiva en su país de origen (en caso contrario, solo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español), b) que dicha fuerza ejecutiva se derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas y, c) que el acuerdo de mediación no sea contrario al orden público español. En Francia, el Décret nº 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, establece que todos los acuerdos resultantes de un proceso de mediación, conciliación o transacción pueden adquirir fuerza ejecutoria mediante homologación judicial. A su turno, en Alemania, conf. a la Ley para la promoción de la mediación y otros métodos de resolución extrajudicial de conflictos (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BGBl. 2012 I, 1577), un acuerdo de mediación podrá ser ejecutable en el país a través de los siguientes mecanismos: a) Escritura pública otorgada por notario alemán; b) Homologación judicial ante un tribunal alemán, de acuerdo con los requisitos que este fije; c) Anwaltsvergleich, a través de esta institución jurídica, un acuerdo de mediación puede llegar a ser ejecutable directamente en Alemania (ex art. 796a ZPO). Consiste en un acuerdo concluido con la asistencia de los abogados de las partes en forma de transacción extrajudicial. Por su parte, en Inglaterra y Gales, se requiere una resolución judicial de ejecutividad (mediation settlement enforcement order) para que el acuerdo sea ejecutivo (Civil Procedure Rules y Cross-Border Mediation Regulations 2011).

(17) La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se ocupaba en el plano comercial de los métodos autocompositivos de solución de controversias. El término "conciliación" está utilizado en su sentido más amplio, lo cual significa que también incluye a la mediación o cualquier otro método equivalente para solucionar conflictos de una manera amistosa (art. 1.3). Al modificar dicha Ley Modelo, la Comisión decidió utilizar en cambio el término "mediación", procurando adaptarse al uso que se hace de él en la práctica, y en la expectativa de que ese cambio facilitara

Thomson Reuters

llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución..." (art. 14). No obstante, la forma en que debería hacerse quedaba supeditada al derecho interno de los Estados que la adopten. Conf. a la "Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo", los métodos de ejecución pueden variar mucho de un ordenamiento jurídico a otro, lo cual hace prácticamente imposible su armonización.

Esta Ley Modelo se modificó en 2018, al agregarse precisamente una nueva sección sobre los acuerdos de transacción internacionales y su ejecución. Pasó a llamarse "Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación".

Además, el Grupo de trabajo II de la CNUDMI (Arbitraje y Conciliación / Arreglo de Controversias) en diciembre de 2018, ha aprobado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, conocida como la "Convención de Singapur sobre la Mediación" **(18)**. Su finalidad es facilitar el comercio internacional y promover la mediación como método alternativo y eficaz de solución de controversias comerciales. Excluye de su ámbito de aplicación, los acuerdos de transacción concertados por un consumidor con fines personales, familiares o domésticos y los relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral **(19)**.

La Convención parte del siguiente principio: "Cada Parte en la Convención ordenará la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención" (art. 3°).

Asimismo, existen otros esfuerzos en el plano internacional para alcanzar un marco normativo de *hard law* (vinculante) o de *soft law* (no vinculante) que contribuya a sortear estas dificultades significativas. Destacan, en este sentido, los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que analizaremos a continuación.

III. Desarrollos y avances en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha realizado en los últimos años un trabajo considerable para promover el uso de la mediación y otros medios similares en los asuntos de familia (responsabilidad parental, restitución internacional, alimentos), así como para lograr el reconocimiento y ejecución extraterritorial de los acuerdos alcanzados, en especial aquellos que involucran a niños.

III.1. La mediación en los Convenios de La Haya

Todos los convenios modernos de La Haya sobre derecho internacional privado de familia alientan la solución amistosa de las disputas transfronterizas.

En tal sentido, el art. 7° del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 dispone que las Autoridades Centrales de los Estados parte deberán colaborar entre sí adoptando medidas que posibiliten, entre otras cosas: *c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.*

Asimismo, el art. 10 establece la obligación de la Autoridad Central de proceder a la adopción de medidas para lograr la restitución voluntaria del menor una vez efectuada la solicitud de re-

---

la promoción de la Ley Modelo y aumentara su relevancia. Este cambio en la terminología no tiene consecuencias de fondo ni conceptuales. Su texto está disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(18) Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(19) Los acuerdos de transacción que puedan ejecutarse como una sentencia o un laudo arbitral también quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Convención para evitar un posible solapamiento con otros tratados vigentes o futuros, en particular, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (2005) y Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (2019).

Thomson Reuters

torno y comprobado que el menor se halla en el territorio del Estado requerido.

Además, el Convenio de 1980 menciona expresamente en el art. 3°, la posibilidad de que los derechos de custodia vulnerados por el traslado o retención ilícitos puedan resultar de un acuerdo vigente según el derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

Incluso, esta convención admite implícitamente que los progenitores acuerden la reubicación de su hijo, dado que el art. 13[1](a) reconoce como excepción a la restitución que el solicitante hubiera consentido con antelación el traslado, o que posteriormente lo acepte.

Otros Convenios de La Haya aluden expresamente a la mediación: a) el Convenio de La Haya; de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 31 b); b) el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos (art. 31) y; c) el Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (arts. 6.2. d) y 34.2. i).

El Convenio de 1996 admite la atribución o la extinción de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, y lo somete a la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el propio acuerdo. Añade que la responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado (art. 16).

Un aspecto que ha analizado especialmente el Grupo de expertos sobre reconocimiento y ejecución extraterritorial de acuerdos familiares respecto a los niños consiste en desentrañar si un acuerdo sobre el ejercicio de la responsabilidad parental puede considerarse una "medida de protección", en los términos del Convenio de 1996.

De dicho análisis, surge que, de acuerdo con el texto y espíritu de este convenio, tales medidas deben ser tomadas por "una autoridad". En consecuencia, un acuerdo de los padres sobre el ejercicio de la responsabilidad requiere de la participación de una "autoridad" antes de que pueda convertirse en una "medida de protección" en el sentido del Convenio de 1996 **(20)**.

Tales autoridades son, salvo escasas excepciones, las del Estado de residencia habitual del niño **(21)**.

Un acuerdo que pueda ser considerado, entonces, una "medida de protección", en donde ha intervenido por ende una autoridad del Estado de residencia habitual del niño será reconocida de pleno derecho en los demás Estados partes del Convenio de 1996, salvo: a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II; b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido; c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída; d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño; e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Esta-

(20) Cfr. HCCH, Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children, Prel. Doc. Nro. 4, enero 2019. Disponible en http://www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

(21) En los casos de restitución internacional de niños, los convenios también se basan en la idea de que el foro más adecuado para determinar los méritos a largo plazo de la custodia suele ser el Estado de residencia habitual del niño. El traslado o retención del menor en otro Estado por parte de uno de los padres, en violación de los derechos de custodia del otro padre, no debe provocar un cambio de jurisdicción. La competencia de los tribunales donde el niño se encuentra retenido ilícitamente se limita a la decisión de retorno o no retorno (en casos de excepción) del niño al lugar de su residencia habitual.

Thomson Reuters

do no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido; f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33 (art. 23).

Por su parte, el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos dispone que un acuerdo en materia de alimentos **(22)** celebrado en un Estado contratante podrá ser reconocido y ejecutado como una decisión, siempre que sea ejecutorio como una decisión en el Estado de origen (art. 30).

Cabe recordar que el art. 19 prevé que el Capítulo sobre reconocimiento y ejecución se aplicará a las decisiones adoptadas por una autoridad judicial o administrativa en materia de obligaciones alimenticias. E indica expresamente que el término "decisión" incluye también las transacciones o acuerdos celebrados ante dichas autoridades o aprobados por ellas.

III.2. La Guía de Buenas Prácticas en materia de mediación

En abril de 2008 se acordó elaborar una Guía de Buenas Prácticas en materia de mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 **(23)**. Los trabajos comenzaron en 2009, la Guía se aprobó en 2011 y se publicó al año siguiente.

En su apart. 30, la Guía contempla algunas situaciones de hecho en que puede resultar útil el recurso a la mediación en el marco del Convenio. Así, puede ayudar a que se acceda a la restitución voluntaria del menor o a que se dicte una orden de restitución con base en el consentimiento de las partes; a que se acepte la reubicación del niño siempre que se proteja el derecho de visita del perjudicado; a facilitar el contacto entre el niño y el progenitor no sustractor mientras dure el proceso; a facilitar la restitución rápida y segura del menor o, incluso, a evitar que la sustracción llegue a perpetrarse.

Destaca la conveniencia de iniciar el proceso de restitución en virtud del Convenio antes de acudir a la mediación, y la posibilidad de suspenderlo mientras dure la mediación.

Recomienda dejar la puerta abierta a la mediación y demás mecanismos amistosos de resolución de conflictos en cualquier momento del proceso: previamente, durante el curso de este e incluso en la fase de ejecución (apart. 121).

Admite la mediación indirecta y a larga distancia cuando no sea posible o adecuada la presencia de todas las partes en la sesión (apart. 172). Para los casos en que los menores inmiscuidos tengan un alto grado de conflicto, la Guía recomienda, cuando sea posible, la comediación (apart. 223).

Se reafirma el carácter urgente del procedimiento de restitución: la mediación debe cumplir con plazos muy estrictos, por lo que debe limitarse su alcance, mediante un equilibrio entre la inclusión de las cuestiones que sean necesarias para llegar a un acuerdo amistoso y el cumplimiento de los plazos (apart. 183 y ss.).

Debe tenerse en cuenta el interés superior del menor y su bienestar (apart. 212), así como su participación (informarle y ser escuchado), en consideración a su edad y grado de madurez (apart. 239 y cc.).

Pone de relieve: "Debería considerarse cuidadosamente el uso de la mediación en los casos donde existe un tema de violencia doméstica. Es necesaria la formación suficiente para evaluar la aptitud de un caso para la mediación" (apart. 275 y ss.).

En lo que especialmente aquí nos interesa, la Guía señala que "el tribunal puede dar seguimiento al resultado de la mediación y garantizar que el acuerdo tendrá efecto jurídico en el sistema jurídico del cual se sustrajo al niño, al convertir el acuerdo en una orden del tribunal

(22) El art. 3 e) establece que "acuerdo en materia de alimentos" significa un acuerdo por escrito sobre pago de alimentos que: i) ha sido formalmente redactado o registrado como un documento auténtico por una autoridad competente; o ii) ha sido autenticado, concluido, registrado o depositado ante una autoridad competente, y puede ser objeto de revisión y modificación por una autoridad competente.

(23) El texto completo de la Guía de Buenas Prácticas se encuentra en https://assets.hcch.net/upload/guide-28mediation_es.pdf [Consulta: 22/04/2020].

Thomson Reuters

o adoptando otras medidas. El tribunal podrá, asimismo, asistir en garantizar que el acuerdo tenga efecto jurídico en las demás jurisdicciones pertinentes" (apart. 61).

En particular, en cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación, la Guía considera que la cooperación entre autoridades "puede ser necesaria para ayudar a facilitar la ejecutoriedad del acuerdo en todos los Estados pertinentes" (apart. 302). Recomienda a los Estados considerar la promulgación de normas que faciliten los procedimientos de declaración de ejecutoriedad de estos acuerdos (apart. 304).

III.3. La mediación en conflictos familiares transfronterizos en el Proceso de Malta

Es interesante atender a la actividad que la Conferencia de La Haya viene desarrollando en los últimos años, a efectos de la promoción de la mediación y del desarrollo de estructuras de mediación en conflictos familiares transfronterizos en el Proceso de Malta **(24)**.

En este contexto, el Grupo de trabajo sobre la mediación en el marco del Proceso de Malta, aprobó los Principios para la puesta en práctica de estructuras de mediación.

La Parte C, tal como indica la memoria explicativa, reconoce la importancia de hacer que un acuerdo sea vinculante o ejecutable en todos los sistemas legales involucrados antes de su implementación. También destaca la necesidad de una estrecha cooperación con los representantes legales de las partes. Al mismo tiempo, se solicita a los Puntos de contacto centrales que apoyen a las partes con información sobre los procedimientos relevantes.

III.4. La labor del Grupo de Expertos sobre reconocimiento y ejecución extraterritorial de acuerdos familiares que involucran a niños

Siguiendo una Recomendación de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de la Convención de La Haya de 1980 y la Convención de 1996 (Parte I, junio de 2011; Parte II, enero de 2012), el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia encomendó a la Oficina Permanente en 2012, establecer un Grupo de Expertos para llevar a cabo investigación exploratoria sobre el reconocimiento transfronterizo y la aplicación de los acuerdos alcanzados en el curso de disputas internacionales sobre menores, incluidas aquellas a las que se llegó mediante la mediación, teniendo en cuenta la implementación y el uso de la Convención de 1996 indicando que este trabajo comprenderá la identificación de la naturaleza y el alcance de los problemas legales y prácticos, incluidos los aspectos jurisdiccionales, y la evaluación del beneficio de un nuevo instrumento, ya sea vinculante o no vinculante, en esta área.

Este Grupo de Expertos se ha reunido en varias oportunidades (diciembre de 2013, noviembre de 2015, junio de 2017, junio de 2018) para evaluar la necesidad y factible viabilidad de elaborar a nivel global un nuevo instrumento a los fines de lograr la circulación de este tipo de acuerdos a través de las fronteras estatales, asegurando su efectividad y los derechos de los niños que se encuentren en juego.

Después de la primera reunión, se distribuyó un cuestionario sobre el tema y sus resultados se tuvieron en cuenta en la segunda reunión. Como resultado de esta, el Grupo de Expertos recomendó explorar más a fondo el desarrollo de dos instrumentos: una herramienta no vinculante para proporcionar mejores prácticas sobre cómo un acuerdo hecho en el área de derecho de familia que involucra a niños puede ser reconocido y aplicado en un Estado extranjero según los Convenios de La Haya de 1980, 1996 y 2007; y un instrumento vinculante que establecería una "ventanilla única" (*one-stop shop*) para tales acuerdos en un contexto transfronterizo.

En marzo de 2016, el Consejo encomendó a la Oficina Permanente, entre otras cosas, desarrollar una herramienta no vinculante y concluyó además que volvería a examinar la necesidad y viabilidad de desarrollar un instrumento vinculante en este campo.

(24) Esta iniciativa tiene por objeto promover el diálogo entre las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1980 y los Estados no parte en el mismo, cuyas leyes, además, se basan en el Derecho islámico (Shariah) o están influenciadas por este.

Thomson Reuters

De las conclusiones y recomendaciones del Grupo de Expertos como consecuencia de la reunión del mes de junio de 2017 se desprende: "a) se trabajó en el *navigation tool* o instrumento no vinculante; b) se confirmó que se alcanzarían varios beneficios si se adiciona a los convenios existentes un nuevo instrumento de *hard law* para facilitar los acuerdos de familia en los Estados Parte en aquel. Entre estos beneficios el nuevo instrumento: i) posibilitaría que los acuerdos fueran ejecutables en un Estado, es decir reconocidos y ejecutados con menor costo y mayor eficiencia; ii) establecería un procedimiento rápido y simplificado, que podría incluir la concentración de jurisdicción para que el acuerdo fuera legalmente vinculante y ejecutable en el Estado de celebración y en otros Estados Parte; iii) en protección del interés superior del niño, permitiría que los padres en ejercicio de la autonomía de la voluntad tuvieran la posibilidad de elegir un sistema legal que tenga una conexión substancial con el niño para tornar ejecutable al convenio. Por ello, el Grupo de Expertos recomendó al Consejo la elaboración de un nuevo convenio que agregará valor a los Convenios de 1980, 1996 y 2007" **(25)**.

A su turno, la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (10-17 de octubre de 2017) aprobó el Documento de Información nro. 7 de septiembre de 2017 que contiene una Guía práctica de los acuerdos familiares en el marco de los Convenios de La Haya (*Practical Guide to Family Agreements under the Hague Conventions*). Este documento comprende explicaciones, recomendaciones, casos ilustrativos, ejemplos, e incluso enumera los temas que podrían ser objeto de mediación familiar internacional: responsabilidad parental (atribución y ejercicio de responsabilidad parental incluyendo derechos de custodia y contacto), alimentos, financiamiento de viajes para visitas regulares entre padres e hijos, costos de educación, disposición y gestión de bienes de los menores, separación de bienes en el contexto del divorcio, cuestiones particulares en los casos de restitución internacional de niños, como los acuerdos parentales sobre el retorno/no retorno del niño, implementación práctica del retorno, incluyendo los gastos de viaje para el regreso, cargos penales que podrían estar pendientes con motivo de la sustracción **(26)**.

En las conclusiones y recomendaciones del cuarto encuentro celebrado los días 28 y 29 de junio de 2018, el Grupo de Expertos finalizó el borrador de la Guía práctica y recomendó su amplia difusión entre todos los interesados.

Además, aconseja que el "Project of cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children" se mantenga en el programa de trabajo de la Conferencia y que la Oficina Permanente continúe supervisando los desarrollos en esta área, incluyendo el impacto de la Guía Práctica. Finalmente, recomienda que la Oficina Permanente explore con los miembros del Grupo la posibilidad de solicitar una investigación financiada para investigar más a fondo los problemas y las buenas prácticas asociadas con la ejecutabilidad de los acuerdos familiares transfronterizos en los diferentes sistemas legales. A la luz de los resultados de la investigación, el Grupo de Expertos considerará si debe respetar su recomendación de desarrollar un instrumento legislativo vinculante **(27)**.

Esta Guía práctica para los acuerdos familiares en virtud de los Convenios de La Haya tiene como objetivo lograr que un acuerdo familiar relativo a los niños, resulte legalmente vinculante y exigible en los dos o más Estados involucrados en tal acuerdo.

(25) Ver Rubaja, N., "Desafíos actuales del Derecho Internacional Privado de familia", Relato de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, XIX Congreso Anual (Mendoza, 2017), Anuario Argentino de Derecho Internacional nro. XXVI, Córdoba, 2017, pp. 131-202. Disponible en https://aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/PDF%20DIAGRAMADO%20A%20VICARIO.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(26) El texto completo de la Guía práctica puede encontrarse en https://assets.hcch.net/docs/c95.713e1-9839-4e77-b21e-60.715f60c2b0.pdf [Consulta: 22/04/2020].

(27) Para seguir el desarrollo del tema en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ver: https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements [Consulta: 22/04/2020].

Thomson Reuters

Contiene tres partes, que pueden leerse de forma autónoma, cada una de las cuales consta de un acuerdo de ejemplo, un diagrama de flujo y una descripción. La Parte I utiliza la situación de una reubicación transfronteriza. Las otras dos partes se centran en los casos de sustracción internacional de niños en el Convenio de La Haya. La Parte II.a analiza la situación de un acuerdo de retorno, en tanto que la Parte II.b. se dedica a los acuerdos de no retorno. Las tres partes se basan en el supuesto de que los Convenios de 1980, 1996 y 2007 son aplicables entre los Estados interesados y abordan cuestiones que figuran regularmente en los acuerdos familiares **(28)**.

La Guía expresamente aclara que estos ejemplos de acuerdos no deben interpretarse como "acuerdos modelo". Los tres acuerdos de ejemplo son acuerdos alcanzados por mediación; sin embargo, también podrían haber sido el resultado de negociaciones o procesos similares o un acuerdo no asistido entre las partes.

Como anexo, contiene una Nota explicativa sobre cómo un acuerdo alcanzado en el área del derecho de familia que involucra a niños puede ser reconocido y ejecutado en un Estado extranjero en virtud de los Convenios de La Haya.

Es importante tener presente que el Capítulo V de la Nota explicativa proporciona una lista de verificación no exhaustiva para que un acuerdo sea vinculante y ejecutable, así como recomendaciones para la preparación de acuerdos en disputas familiares transfronterizas que involucran a niños.

En enero de 2020 la Conferencia de La Haya publicó un Documento de información que recoge una completa síntesis de las conclusiones del Grupo de Expertos desde su creación **(29)**.

En la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de marzo de 2020, el Grupo de Expertos ofreció darles continuidad a sus trabajos de manera voluntaria y monitorear los desarrollos que puedan acontecer en este ámbito.

IV. Colofón

En nuestros días, resulta a todas luces evidente la importancia que han cobrado los acuerdos, convenios o pactos en asuntos familiares en el plano doméstico, y ante el incremento de las controversias transfronterizas en el mismo ámbito, nos encontramos ante la necesidad de reconocer validez y eficacia a tales acuerdos alcanzados a través de la mediación internacional o de otros mecanismos similares que contribuyen a la pacificación de las relaciones entre cónyuges, convivientes, padres e hijos y parientes en general.

Para el caso de los acuerdos homologados judicialmente o alcanzados en el marco de un procedimiento judicial, contamos con algunas soluciones normativas. Sin embargo, la República Argentina aún carece de dos instrumentos fundamentales en materia de protección internacional de niños, que simplifican la problemática que abordamos, como son los Convenios de La Haya de 1996 y 2007. Por ello, recomendamos su expedita ratificación por nuestro país y ansiamos que el mismo camino sea seguido por los vecinos de nuestra región que aún no lo han hecho.

Ahora bien, respecto de aquellos acuerdos que fueron logrados sin intervención de los tribunales judiciales, las posibilidades de reconocimiento y exigibilidad transfronterizos son bastante más complejas, por no decir remotas, conf. a los dispositivos legales y convencionales con los que contamos en la actualidad.

En cualquier caso, tendrá que considerarse siempre y muy especialmente el derecho del niño a expresar sus puntos de vista en todos los asuntos que lo involucren y sean pasibles de acuerdo entre sus progenitores. Ningún juez puede reconocer efecto a un acuerdo en donde no esté debidamente resguardado el interés superior del niño, que incluye su derecho a ser oído, de acuerdo con su edad y madurez.

(28) Una descripción de las tres situaciones típicas previstas en el Borrador de Guía puede verse en Goicoechea, I., "Acuerdos de familia que involucran a niños", en Jornadas 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019, pp. 615-634.

(29) Documento disponible en https://assets.hcch.net/docs/3cd99dea-d087-4999-8016-57f73.8854e90.pdf [Consulta: 22/04/2020].

Thomson Reuters

Asimismo, resulta ineludible que el acuerdo sea válido y obligatorio en el Estado de origen, donde aquel se realizó. Ese Estado se convierte en el "punto de partida" (*starting point*), en los términos que utiliza el Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya. Por ende, deberá evaluarse detenidamente cuál de los sistemas legales estatales (teniendo en cuenta sus normas de Derecho Internacional Privado, de fuente legal y convencional) conectados al conflicto está en mejores condiciones para serlo (respecto al contenido de acuerdo, las reglas sobre jurisdicción internacional, las garantías procesales, etc.).

No solamente de conformidad con los Convenios de La Haya, sino también de acuerdo con el derecho argentino de fuente interna (art. 2639 Cód. Civ. y Com. y cc.), el mejor "punto de partida" es la residencia habitual del niño para que el acuerdo relativo a derechos de responsabilidad parental sea obligatorio y exigible en otro Estado. Respecto a un acuerdo sobre alimentos, tanto el domicilio o residencia habitual del deudor (el alimentante demandado) o el del acreedor (el alimentado) podrían ser puntos de partida factibles en nuestro ordenamiento (art. 2629 Cód. Civ. y Com. y Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989, CIDIP IV).

En suma, no podemos soslayar la existencia de importantes obstáculos prácticos que hemos puesto de relieve en este trabajo. Entre ellos, cabe también incluir la notable falta de información entre los operadores jurídicos sobre esta alternativa de solución de diferendos privados internacionales, que esperamos pronto sea superada.

Nadie está en condiciones de negar que una de las claves del éxito de un mecanismo alternativo de solución de controversias, ampliamente desarrollado en el ámbito del comercio internacional, como es el arbitraje, está dada por los efectos vinculantes del laudo y la posibilidad de reconocerlo y ejecutarlo extraterritorialmente, en especial gracias a la aplicación de la reconocida Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

En idéntica inteligencia, más allá de los beneficios parciales y siempre loables de los instrumentos de *soft law*, es de suma importancia la elaboración de un tratado internacional en la materia que nos ocupa, vinculante para todos los Estados parte, de modo tal de brindar seguridad jurídica a quienes logran estos acuerdos, y sobre todo a los niños que están involucrados, puesto que sus términos y eficacia afectan directamente sus más preciados derechos fundamentales, que toda la comunidad internacional está comprometida a garantizar y resguardar.

V. Bibliografía complementaria

ALL, Paula, "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Cap. 3: Sección 8ª. Art. 2642: Restitución internacional de niños", en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), *Cód. Civ. y Com. comentado*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2014, ps. 912-915.

CARRILLO LERMA, Celia, "Mediación familiar internacional y sustracción de menores", en *Barataria. Rev. Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nro. 19, Asociación Castellano Manchega de Sociología Toledo, España, 2015, ps. 185-196. Disponible en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32.21425.49013 [Consulta: 22/04/2020].

DIAGO DIAGO, María del Pilar, "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado", en CALVO CARAVACA, A. L. - CASTELLANOS RUIZ, E. (coords.), *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, ps. 265-298.

FULCHIRON, Hugues, *Les enlévements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruselas, 2004.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano vs Montoya Álvarez)", *Rev. Electrónica de Estudios Internacionales,* nro. 29, 2015. DOI: 10.17.103/reei.29.08. Disponible en www.reei.org [Consulta: 22/04/2020].

HCCH, *Conclusiones de la Comisión Espacial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia*. Disponible en http://www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

Thomson Reuters

— *Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia*, elaborado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N.º 20 de marzo de 2007 y que fue presentado al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en abril de 2007. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 2012. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Repport on the Experts´ Group meeting on Cross-Border Recognition and Enforcement of Agreements in International Child Disputes (from 12 to 14 December 2013) and recommendation for further work*, Annex B, Prel. Doc. No. 5, marzo 2014. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Report of the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children* (The Hague, 2-4 November 2015), Prel. Doc. Nro. 5 of January 2016 - Prel. Doc. Nro. 5, enero 2016. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Conclusions and Recommendations for the attention of the 2018 Council on General Affairs and Policy - Meeting of the Experts' Group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children*, La Haya, junio de 2017. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Practical Guide to Family Agreements under the Hague Conventions*, Info. Doc. No 7, septiembre 2017. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/09/2019].

— *Accompanying note to the "Draft Practical Guide to Family Agreements under the Hague Conventions",* Prel. Doc. No 4, febrero 2018. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Conclusions and Recommendations for the attention of the March 2019 Council on General Affairs and Policy - Meeting of the Experts' Group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children (The Hague, 28-29 June 2018),* junio 2018. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

— *Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*, Prel. Doc. Nro. 4, enero 2019. Disponible en http:// www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo, "Mediación transnacional: una aproximación práctica en el ámbito de las relaciones privadas internacionales", *Barataria. Rev. Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nro. 19, Asociación Castellano Manchega de Sociología Toledo, España, 2015, pp. 151-160. Disponible en https://doi.org/10.20.932/barataria.v0i19.32 [Consulta: 22/04/2020].

LEPCA REPORT, *A questionnaire and the first European Conference on Cross Border Family Issues*, held from the 7th May 2014, the Peace Palace, La Haya, 2014. http://www.lepca.eu/en/news.htm [Consulta: 22/04/2020].

RUBAJA, Nieve, "Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

SALVADOR, Dora, "Mediación intercultural e interpretación en los servicios públicos: ¿Europa Intercultural?", *Pliegos de Yuste. Rev. de cultura y pensamientos europeos*, nros. 7-8, 2008, p. 78. Disponible en Disponible en www.pliegosdeyuste.eu/n78pliegos/n78pag77.htm [Consulta: 22/04/2020].

SCOTTI, Luciana, "La mediación familiar transfronteriza en los casos de restitución internacional de niños: situación en la República Argentina", *Rev. Costarricense de Derecho Internacional*, Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI), VI edición, I semestre 2017, Costa Rica, 29/06/2017, ps. 91-118. Disponible en http://www.acodicr.org/ediciones [Consulta: 22/04/2020].

— "Manual de Derecho Internacional Privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.

Thomson Reuters

VELARDE D´AMIL, Yvette, "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Rev. de Derecho UNED*, n°. 17, 2015, ps. 1279-1301.

VIGERS, Sarah, *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980*, Documento Preliminar N.º 5 de octubre de 2006, a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 30 de octubre - 9 de noviembre de 2006). Disponible en http://www.hcch.net [Consulta: 22/04/2020].

YBARRA BORES, Alfonso, "Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español", *Rev. Electrónica de Estudios Internacionales,* N° 23, 2012. Disponible en www.reei.org [Consulta: 22/04/2020].

Thomson Reuters

Trabajar y escribir en tiempos de pandemia, con esperanza y solidaridad

Verónica Imas

Sumario: I. Introducción.— II. Problemáticas familiares y otras. La incertidumbre. La solidaridad.— III. Las nuevas tecnologías.— IV. Novedades jurisprudenciales en materia de implementación de las nuevas tecnologías.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Este es un mundo raro ahora. Angustiante. Las personas alrededor del ámbito jurídico también están angustiadas, encuentran dificultades para ejercer sus derechos. Les pasan las mismas cosas de siempre pero no pueden resolverlas ni intentarlo como antes. No tienen las alternativas que tenían antes.

P. ej., si quieren reclamar algún derecho relacionado con la responsabilidad parental, los abogados al principio comenzamos diciéndoles que era más plausible esperar a que la feria extraordinaria finalice. Con los días y las semanas y las consecuentes prórrogas de feria mediante, pasamos a explicar que se puede intentar, pero no es seguro, quizás habiliten la feria o quizás no.

Últimamente nos vamos sintiendo con más firmeza y decisión para enfrentar todo esto, ya queremos iniciar, un poco para ver si lo logramos como desafío profesional y por otro lado porque queremos empujar las transformaciones y que la vida continúe.

Al final de cuentas, sería a través de medios electrónicos con lo cual no se pone en riesgo a nadie.

También es un desafío escribir, porque las bibliotecas, librerías, universidades, espacios de interacción con colegas y otros profesionales, están cerrados. Sin embargo, por medios electrónicos encontramos mucha información y material bibliográfico, jurisprudencial y de toda índole. Es acostumbrarse a trabajar de otro modo, encontrar oportunidades distintas de llegar a este universo que nos circunda. Diferente el mundo. Diferente el modo de abordarlo.

En este último mes y medio han aparecido y se han multiplicado exponencialmente una gran variedad de cursos, conferencias, charlas, en las que participan profesionales del derecho, mediante plataformas virtuales, con posibilidad de intercambios de ideas. Son brindadas por colegios de abogados para sus matriculados, por distintas reparticiones públicas para sus empleados y funcionarios; por las universidades públicas y privadas para sus docentes, egresados y alumnos, etc. **(1)**.

II. Problemáticas familiares y otras. La incertidumbre. La solidaridad

En cuanto a las problemáticas familiares, que de eso se trata este escrito, he recibido consultas mayormente orientadas a cuotas de alimentos, régimen de comunicación, separaciones, bienes.

Una madre embarazada que quiere reclamar al progenitor la cuota de alimentos, cuando

(1) Entre otros: Facultad de Derecho, UBA: "Pandemia y su incidencia en las relaciones de familia", 30/04/2020; la misma institución: "La incidencia del COVID-19 en el cumplimiento de las obligaciones", 08/05/2020; CPACF: Charla "Régimen Jurídico del E-Cheq Marco Normativo y Práctico", 12/05/2020.

Thomson Reuters

este se trasladó a otra provincia. Un padre que se lamenta porque la madre le impide comunicarse con sus hijos, incluso a través de medios informáticos. Personas que se encontraban separadas desde antes de la emergencia sanitaria COVID-19 y le quedó a mitad de camino el trámite judicial o extrajudicial para llegar a un acuerdo. Otras que se distancian durante la pandemia que ha venido a eclosionar un conflicto preexistente.

¿Cómo manejarnos ante esto? En primer lugar, fuimos incorporando los datos de la nueva normativa que ha sido nutrida en lo que va desde el 20/03/2020, fecha de publicación del DNU 297/2020 en el BO, decretándose el aislamiento social, preventivo y obligatorio con miras a hacer frente a la situación de emergencia.

Aparecen en consecuencia en forma permanente, constante e ininterrumpida, normativa y decisiones relacionadas con infinidad de situaciones que hacen a la vida y entramado social **(2)**. Desde posibilidad o imposibilidad de circular y sus excepciones y requisitos, pasando por asistencia a personas con necesidades básicas insatisfechas, exenciones o postergaciones en el cumplimiento de impuestos y servicios; medidas tendientes a morigerar los efectos del impedimento de trabajar/comerciar; infinidad de dificultades en el plano de salud, y tantos otros temas; situación que nos ha llevado, a todos, a efectuar y efectuarnos muchas preguntas, algunas con más o menos respuesta.

Y en el medio, o en el horizonte, siempre un signo de pregunta, la incertidumbre.

Tenemos que pensar que si nosotros, operadores del mundo jurídico, nos encontramos en este estado de indefinición, mucho más angustiados aún están aquellos que dependen de nosotros para intentar resolver sus conflictos por vías procedimentales legales.

Ahora bien, sentado todo ello, también cabe hacer hincapié en la tan mentada "solidaridad", se viene hablando mucho de ella durante la pandemia a nivel social, e incluso antes de esta.

(2) Digesto Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID-19: http://www.saij.gob.ar/docs-f/generales/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf.

Desde hace tiempo se piensa, trabaja y elabora en torno a los principios en el Derecho y en el Derecho de Familia. Así el Profesor Marcos Córdoba, haciendo hincapié en la solidaridad como un principio del derecho nos dice: "Solidaridad implica adhesión a la causa, situación o necesidad de otro. Tal adhesión puede resultar de un obrar espontáneo, es decir, de propio impulso, aquel que se produce aparentemente sin causa o cuando la causa es aquella que resulta de la esfera privada de la persona, aquella donde incluso por imperativo constitucional no corresponde indagar" **(3)**.

La profesora Vilma Vanella ya en el 2010 analizaba las convivencias asistenciales de la siguiente manera: "Consideramos a la familia como al grupo de personas conformado con el propósito de la satisfacción de los objetivos comunes, de esencia afectiva y el cumplimiento de deberes de naturaleza solidaria, ello por cuanto hemos analizado que las pautas que nutren a la familia son la solidaridad y el afecto en la convivencia" **(4)**.

En Derecho Sucesorio encontramos elaboraciones doctrinarias en torno a la mejora estricta del heredero con discapacidad que coadyuvaron a su posterior incorporación en el Código Civil y Comercial, así dice Fernando Millán: "Esta mejora a favor del heredero con discapacidad, brinda protección al heredero que se encuentra en mayor grado vulnerabilidad, respetando debidamente las porciones legítimas del resto de los coherederos. Resulta ser una solución de estricta justicia con base en el principio de solidaridad familiar" **(5)**.

En referencia particular a esta época de pandemia el Prof. Córdoba expresa: "La sociedad organizada reconoce una estrategia basada en la solidaridad y el comportamiento natural y espontáneo solidario de la persona humana es

(3) CÓRDOBA, Marcos M.: "Solidaridad jurídica": La Ley, 16/10/2019, 2 - Cita Online: AR/DOC/3312/2019.

(4) VANELLA, Vilma R., "Convenio de Convivencias Asistenciales. Necesidad de su regulación legal contemplando todo tipo de convivencia", LA LEY, 2011-A, 602. - Cita Online: AR/DOC/7802/2010.

(5) MILLÁN, Fernando: "El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad", DFyP 2012, julio, 01/07/2012, p. 245.

Thomson Reuters

receptado por el orden jurídico, clasificándolo, calificándolo y atribuyéndole consecuencias jurídicas, de modo tal que el orden legal en su conjunto se apoya en la solidaridad como fundamento esencial" **(6)**.

Por mi parte, soy pesimista al respecto, creo que vivimos muy lejos de lograr que lo terrible de la situación mundial actual, nos deje en algún punto mejor del que estábamos antes.

Sin embargo, como no se puede vivir con desencanto y desesperanza, no queda otra alternativa que tratar de poner un poco de optimismo, aunque sea algo forzado, o no, simplemente prestar atención a aquella parte de nosotros mismos, me refiero a la sociedad toda, que sí efectúa esfuerzos comunitarios e individuales para salir adelante y hacer un aporte favorable a la humanidad, un granito de arena podríamos decir también.

Cuando los operadores del Derecho se unen mancomunadamente con los profesionales de otras ramas del saber científico, interviniendo en situaciones de forma interinstitucional e interdisciplinaria, lo imposible se vuelve algo más abordable; lo difícil, algo más tratable. Son muchos los equipos de estas características que trabajan día a día, de sol a sol prácticamente para analizar situaciones, marcos normativos, criterios personales y colectivos, realidades en temáticas de salud mental, responsabilidades parentales, relaciones personales afectivas y patrimoniales y, como nunca han de faltar, las lamentables violencias familiares y de género.

Una de las expresiones de ese esfuerzo, puede verse reflejado en la Red de Prestadores Jurídicos Gratuitos de la CABA, integrada por organismos que en forma conjunta y coordinada realizan acciones para brindar a la comunidad un efectivo acceso a la justicia. La Red se constituyó en agosto de 2018 y viene trabajando desde entonces en un marco de solidaridad hacia la comunidad, respeto entre todos los integrantes de la Red, creatividad para encontrar modos de acercar opciones a los grupos más vulnerables. Reúne atributos y desarrollos que hacen al alto grado de conocimiento en las ramas del saber que nos ocupan y a la calidad humana en términos de evolución y amistad, lo cual enorgullece a la hora de redescubrir a cada paso en la gestión cotidiana el camino elegido. Uno de los tantos frutos de todo ello, es la guía de recursos con información actualizada de los servicios jurídicos gratuitos existentes en la Ciudad de Buenos Aires durante la emergencia sanitaria al que puede accederse a través de los sitios web de cada una de las instituciones **(7)**.

En cada organismo e institución se encuentra cada vez más difundida la práctica del trabajo interdisciplinario.

Todo ello conlleva un sinfín de actuaciones, destinadas a descubrir qué es lo que les pasa a los "justiciables", o a la comunidad y a cada uno de sus integrantes, cuál es la realidad de sus vivencias y desavenencias, y en el marco de la pandemia en particular, qué riesgos y urgencias evidencian que no se puede esperar, menos ahora que nunca.

Qué o quién hace que se decida respecto a cuándo hay un riesgo y una urgencia que no admite demora. Cómo interactúan los diversos organismos, entidades, personas de la actividad pública y privada, abogados, psicólogos, trabajadores sociales, médicos, psiquiatras, jueces, funcionarios judiciales, funcionarios de la Administración pública, todos enfocados en encontrar modos nuevos de paliar las injusticias de esta época, y las derivadas de todas las épocas que llegan a confluir en una que es la actual.

(6) CÓRDOBA, Marcos M., "El derecho en época de pandemia. COVID-19, familia y solidaridad jurídica", LA LEY, 09/04/2020, 15. - Cita Online: AR/DOC/1034/2020.

(7) http://www.derecho.uba.ar/noticias/2020/informacion-sobre-organismos-estatales-que-brindan-servicios-juridicos-gratuitos-durante-el-aislamiento-social;http://www.buenosaires.gob.ar/jefedegobierno/procuracion-general/noticias/prestacion-de-servicio-juridico-gratuito-y-su-vigencia;https://www.cij.gov.ar/nota-37275-Red-de-prestadores-de-servicios-juridicos-gratuitos.html;https://www.mptutelar.gob.ar/sites/default/files/red_servicios_juridicos_covid_MPT.pdj;http://www.defensoria.org.ar/noticias/servicios-juridicos-gratuitos-en-epoca-de-pandemia/;https://mpfciudad.gob.ar/noticias/2020-05-05-09-14-16-guia-de-organismos-estatales-que-brindan-servicios-juridicos-gratuitos-durante-el-aislamiento-social; https://www.fiscales.gob.ar/atajo/modalidades-de-atencion-de-la-red-de-prestadores-de-servicios-juridicos-gratuitos-de-la-ciudad-autonoma-de-buenos-aires/;

Thomson Reuters

III. Las nuevas tecnologías

Los medios tecnológicos que resultan o pueden resultar para muchos, bastante invasivos, hoy en día se vuelven casi vitales. No hay otro modo de llegar a algún puerto sin ellos. De esto dan cuenta entre otros, los decretos de necesidad y urgencia, acordadas de las distintas cortes de justicia, resoluciones de las diversas cámaras y organismos judiciales y administrativos, universidades **(8)**.

A todo nivel, en lo privado y lo público (desplegándose e incrementándose las funciones del gobierno electrónico) se inserta con más contundencia que nunca un modo de comunicación e interacción que, para beneplácito de algunos y mortificación de otros, aquí está y nos es útil y necesario.

Pareciera que nuestros destinos dependen en gran medida de la agilidad con la cual logremos adaptarnos a la tecnología y seamos capaces de incorporarla. Cada país tiene disímiles aptitudes y habilidades, algunos se encuentran en mejores condiciones que otros, por los años, *expertise*, costumbre, desarrollo al respecto. Y sabemos que, en todas las sociedades, también hay subgrupos, algunos de los cuales tienen más acceso, otros menos y otros nulos.

IV. Novedades jurisprudenciales en materia de implementación de las nuevas tecnologías

Algunos precedentes jurisprudenciales novedosos vamos reuniendo, en los últimos tiempos, p. ej. en materia de alimentos:

a) Se habilitó la notificación de los alimentos provisorios fijados, mediante la aplicación WhatsApp. El magistrado fundó su decisión en que "[a] fin de asegurar y garantizar derechos como los que aquí se encuentran en juego, la normativa procesal debe adaptarse a una situación excepcional como la que nos encontramos, utilizando herramientas no habituales pero que garanticen el cumplimiento del acto procesal, atendiendo a los intereses involucrados de menores de edad, así como al ejercicio pleno del derecho de defensa en juicio garantizado constitucionalmente" **(9)**.

b) En una causa por alimentos (relacionada con otra por violencia familiar) se ordenó notificar el traslado por WhatsApp. El magistrado tuvo en cuenta que la SCBA autorizó las notificaciones telemáticas en los casos de violencia familiar y de género. Expresó que "...la necesidad alimentaria impostergable no admite otra tutela que no sea la efectivización en forma inmediata a través del proceso cautelar..." y que "...deben flexibilizarse las normas procesales y compatibilizarse el estado sanitario actual, la debida protección de la integridad de las par-

(8) Por dar algunos ejemplos: Resolución de la CNCiv. del 20/03/2020, que indica: "...4) Atento el modo como se dispone, hágase saber al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a fin de que tenga a bien poner en conocimiento de sus matriculados, que los pedidos de estricta urgencia en los términos de la Acord. N° 4/2020 CSJN, deberán ser dirigidos a los mails institucionales de los tribunales de turno, consignando en el título de la presentación "Habilitación de Días y Horas Inhábiles en los términos de la Ac. 4/2020 CSJN". 5) Hacer saber a los Sres. magistrados del fuero que se les gestionará a través de SyTec claves de usuario VPN (para el acceso remoto al LEX 100)...". Resolución del Rector de la Universidad de Buenos Aires, del 03/04/2020, por la cual se modificó el calendario académico del año en curso 2020 y que hace referencia a la formación con modalidad virtual a distancia. Resolución del INSSJP, RESOL-2020-1204-INSSJP-DE#INSSJP, del 08/04/2020, por la cual se autorizó a la Mesa General de Entradas y Salidas a "adoptar vías alternativas de recepción de documentación... (art. 1°) y se instruyó "a la Unidad de Secretaría Administrativa a que designe un correo institucional al cual podrá ingresar documentación que se habitúa en la Mesa General de Entradas y Salidas..." (Art. 2°). Res. 393 de la CNCiv., del 17/04/2020 que establece la atención remota del juez natural. Disposición de la Subsecretaría de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, DI-2020-7-APN-SSA#MJ del 06/05/2020, que aprueba la Guía para la Realización de Mediaciones a Distancia, con lo cual se complementa la Resolución 121 del 24/04/2020 que habilitó la mediación con dicha modalidad. Acordada 12 de la CSJN del 26/04/2020 que aprueba la firma electrónica y digital. Acordada 13 de la CSJN del 27/04/2020 que, entre otras cuestiones, reitera "lo ordenado en el punto resolutivo 7° de la Acord. 6/2020, en cuanto a la necesidad de habilitación del trabajo desde los lugares de aislamiento, para que magistrados, funcionarios y empleados que no presten servicios de manera presencial en los tribunales y dependencias, puedan seguir realizando tareas en forma remota a través de los medios tecnológicos disponibles que se estimen convenientes...".

(9) Juzgado Nacional en lo Civil N° 76, 22/04/2020, "M., V. S. y Otro c. A., A. M. s/Alimentos". No es el único precedente en este sentido.

Thomson Reuters

tes y del personal judicial que debiera intervenir eventualmente en el acto de notificación con las posibilidades tecnológicas que permitan replicar dicho acto con las salvaguardias necesarias para garantizarse la efectiva comunicación del reclamo alimentario y el ejercicio pleno del derecho e defensa del demandado". Asimismo, en relación con la audiencia, estableció que se efectúe por videoconferencia **(10)**.

V. Conclusiones

El acceso a la justicia se muestra actualmente en una encrucijada, ya que, si el único modo de continuar a flote es a través de la informática, para que ese derecho se encuentre a disposición de todas las personas que habitan el territorio nacional, se genera la imperante necesidad que los medios tecnológicos estén al alcance también a nivel inclusivo para todas y todos. En este sentido, las Reglas de Brasilia son marco normativo que guía la utilización de la tecnología con el fin de mejorar las condiciones de acceso a la justicia **(11)**.

Las novedosas decisiones judiciales al utilizar los medios electrónicos para comunicar/notificar, resultan un esfuerzo por sobrellevar la crisis actual en la cual las personas, sobre todo las más vulnerables necesitan el amparo jurisdiccional.

Tenemos diversas normas que establecen decisiones respecto a la implementación de las nuevas tecnologías para: mediaciones, obtención de DNI, inscripción a planes de emergencia alimentaria y social, cobros bancarios, comunicaciones entre padres e hijos, tramitación de expedientes judiciales completos, tramitación de actuaciones administrativas, obtención de certificado único de circulación, trabajo remoto en todos los ámbitos y niveles —servicios jurídicos, médicos, psicológicos, comercios, alimentación, *delivery* de productos varios—, entre otros. Incluso las diversas formas artísticas se manifiestan por vía electrónica y muchas veces gratuitas durante el aislamiento social preventivo y obligatorio.

Y todo ello, que en alguna medida pareciera simplificar la vida, al mismo tiempo nos complejiza, porque se necesitan medios físicos y económicos para contar con la tecnología, y también conocimientos, que no están al alcance de todos.

Por lo tanto, aunque pareciera que estamos frente a la llegada de un mundo nuevo, en realidad, se requiere de un gran esfuerzo para que aquellos que siempre han estado rezagados a la hora del reparto de bienes, servicios y medios, estén incluidos en esta nueva etapa que nos toca vivir como humanidad.

(10) Juzgado de Paz de General La Madrid, 04/04/2020, "S. S. G. c. G. R. A. S/ Alimentos".

(11) Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, Capítulo IV "Eficacia de las Reglas", 5.- Nuevas tecnologías (95): "Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

Thomson Reuters

Reflexiones en clave de derecho constitucional para una reforma en el régimen económico del matrimonio en Cuba

Nileidys Torga Hernández (*)

Sumario: I. Ideas preliminares.— II. El texto constitucional cubano de 2019: derroteros para una nueva formulación del régimen económico del matrimonio.— III. A modo de conclusión.

I. Ideas preliminares

El régimen económico del matrimonio, derecho matrimonial patrimonial o régimen matrimonial pecuniario constituye el estatuto que regula los intereses pecuniarios entre los esposos y en sus relaciones con terceras personas **(1)**. Es, dentro del derecho de familia, uno de los ejes que más dificultades ofrece para su comprensión y aplicación; e incluso para concebirlo en su regulación y el efecto patrimonial más importante del matrimonio **(2)**.

Las cuestiones económicas relativas al vínculo conyugal se regulan en Cuba en el Código de Familia de 1975. Este cuerpo jurídico autoriza un régimen económico único y obligatorio que se hace llamar comunidad matrimonial de bienes y que se corresponde con una comunidad parcial de adquisiciones onerosas; al decir de Mesa Castillo, "idéntico al de la sociedad de gananciales" **(3)**. Las disposiciones relativas al régimen económico matrimonial se encuentran en el aludido cuerpo legal en los arts. del 29 al 42, haciendo referencia a la naturaleza de los bienes, las cargas, obligaciones y administración de la comunidad matrimonial de bienes, así como a la disolución y liquidación de esta.

El carácter legal de ese régimen restringe considerablemente la autonomía de la voluntad de los cónyuges, que se ven impedidos de la posibilidad de pactar otras reglas para disciplinar su economía familiar. Ello puede acarrear incongruencias entre lo dispuesto por la norma y lo requerido o deseado por las partes, de acuerdo con sus necesidades e intereses **(4)**.

Al momento de la aprobación del actual Código de Familia cubano, la decisión del legislador de regular un régimen económico del matrimonio único, legal y obligatorio fue una postura

(*) Profesora auxiliar y jefa de la Disciplina de Derecho Civil y Familia en la Universidad de Pinar del Río, Cuba.

(1) "Al hacer referencia a los efectos patrimoniales del vínculo conyugal, debemos abordar la categoría régimen económico, por la que ha de entenderse ese conjunto de reglas cuya finalidad es conferir un régimen especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto en las relaciones de estos entre sí, como en sus relaciones con terceras personas,...". Molina, M., "Régimen patrimonial del matrimonio" en Kemelmajer de Carlucci, A. - Herrera, M. - Lloveras, N., "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 527.

(2) Quinzá Redondo, P., "La regulación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico rumano", Revista Boliviana de Derecho, no. 21, 2016, p. 99.

(3) Mesa Castillo, O., "Derecho de Familia", Editorial Félix Varela, La Habana, 2010, p. 280.

(4) "... el derecho debe servir para armonizar y facilitar la vida del individuo, de la familia, de la sociedad...Todo régimen matrimonial debe responder a las necesidades económicas y a la manera de ser del pueblo al que es destinado, siempre presidido por el factor ético". Vidal Taquini, C. H., "Régimen de bienes en el matrimonio", Editorial Astrea, 2001, 3ra. edición, p. XIII.

Thomson Reuters

justificada. Las marcadas desigualdades sociales de la época aconsejaban tomar medidas en todos los órdenes, sobre todo para proteger al sector femenino, considerablemente en desventaja en los ámbitos económico, laboral, social, y familiar. Ello hizo aconsejable mutilar la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio. Con respecto a la pertinencia de un régimen económico convencional en aquella época, Peral Collado comentaba: "Este sistema que permitía la libre selección del régimen patrimonial del matrimonio en una sociedad en la que la integración de la mujer al trabajo casi era inapreciable y en la que el hombre era, por lo general quien aportaba al matrimonio y a su sostenimiento los medios económicos necesarios, propiciaba y reforzaba el predominio del hombre y la situación de dependencia de la mujer" **(5)**.

Partiendo de los derechos conquistados en materia de géneros, la situación de las féminas hoy en Cuba es bastante diferente. De hecho, en todos los sectores de la sociedad la mujer aparece en roles protagónicos y con un desempeño destacado en la articulación y sostenimiento económico de la familia.

Es característica de la familia cubana actual, "un cambio en la condición de la mujer y una mayor equidad con el hombre..., el aumento del número de hogares donde viven personas solas, el incremento de aquellos que reconocen como jefe a una mujer, la ampliación de otros donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, hasta el alza registrada en la proporción de parejas, sobre todo jóvenes, que cohabitan sin casarse y tampoco formalizan su unión cuando llegan los hijos, por solo citar algunos" **(6)**.

Aunque no es unánime en la doctrina y en las legislaciones, el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las cuestiones relativas al régimen económico del matrimonio; si ha habido consenso en torno a la admisión misma de la libertad conyugal. Como expresión de ello se regula la posibilidad de concertar capitulaciones matrimoniales con contenidos más o menos abarcadores.

Cuba (arts. 29 al 42 del Cód. de Familia) es exponente del reducidísimo grupo de países que conciben la validez de un régimen legal imperativo, que reduce el ejercicio de la autonomía de la voluntad a niveles imperceptibles. Ello evidencia que el Código de Familia muestra una posición desfasada de las tendencias internacionales con respecto a la concepción del régimen económico del matrimonio y que además no encuentra justificación en la sociedad cubana actual.

Esta realidad obliga a pensar en recuperar para el Código de Familia cubano la vigencia social y el papel coadyuvante al desarrollo de la conciencia y vida práctica, propios de las normas de un Estado de Derecho. "Vale la pena realizar una valoración concreta respecto al régimen previsto en el Código de Familia, que se escinde como una camisa de fuerza, como única opción para los cónyuges en las actuales condiciones de Cuba, máxime porque las circunstancias que en el momento de la promulgación del Código de Familia existían para la adopción de este régimen ya hoy no están presentes, y debe dejarse una brecha abierta a los protagonistas de la relación conyugal para que valorando las condiciones que los rodean realicen la elección del régimen económico que resulte más conveniente a sus intereses, máxime si las circunstancias que rodean a las parejas varían de unas a otras, y el régimen que para un matrimonio puede resultar conveniente para otra pueda resultar francamente dañoso" **(7)**.

La Constitución cubana aprobada el pasado año, dispone la aprobación de un nuevo Código de Familia que debe ser consultado y refrendado por el pueblo; ese proceso debe iniciarse en un plazo de dos años, luego de la entrada en vigor de la Constitución (Disposición Tran-

(5) Peral Collado, D. A., "Derecho de Familia", Editorial Félix Varela, La Habana, 1998, p. 84.

(6) Arés Muzio, P. - Benítez Pérez, M. E., "Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba" en http: //www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatricia.pdf, consultado el 19 de agosto de 2019, p. 30.

(7) Fajardo Montoya, C., "El régimen económico del matrimonio como efecto patrimonial del matrimonio mixto entre cubanos y extranjeros", Revistas Ars Boni et Aequit, Año 12, Nro. 2, 2016, p. 113.

Thomson Reuters

sitoria Undécima). En sesión desarrollada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en diciembre de 2019 se acordó un cronograma legislativo para los próximos años, que ubica la presentación de la primera versión del proyecto de Código de Familia en marzo de 2021. Ante la inminente modificación del Código de Familia cubano se precisa, entre otros aspectos, abogar por la regulación de un régimen económico del matrimonio convencional; con margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Por ello, el siguiente material persigue delimitar las directrices que marca la Constitución cubana de 2019 en función de fundamentar la regulación de un régimen matrimonial pecuniario en Cuba; que permita la realización de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en su disposición.

II. El texto constitucional cubano de 2019: derroteros para una nueva formulación del régimen económico del matrimonio

El reconocimiento y protección a la familia como organización social, institución natural o célula básica de la sociedad es recurrente en las regulaciones de las Constituciones modernas y contemporáneas **(8)**. "Si revisamos algunas de las Constituciones latinoamericanas que regulan a la familia desde esa ley suprema, nos podemos encontrar dos formas de regulación; una donde lo más importante es la familia, y en donde pudiéramos decir que existe unidad normativa, sistematización legislativa, esto es, un capítulo especial que habla acerca de ella en su ley fundamental...y otro grupo en donde existe una dispersión normativa en la ley fundamental, ya que existe una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una sistematización legislativa" **(9)**.

(8) "La importancia y necesidad de la institución familiar como elemento fundamental de la sociedad ha sido reconocida y aceptada por la mayoría de las constituciones de todo el mundo, dada la internacionalización de las relaciones familiares que surgen entre los diferentes Estados, razón por la cual deben legislar en concordancia con esto". Álvarez Pértuz, A., "Constitucionalización del Derecho de Familia", Revistas Jurídicas CUC, vol. 7, nro. 1, 2011, p. 48.

(9) De la Fuente Linares, F.C.F.J., "La protección constitucional de la familia en América Latina", Revista IUS, Puebla, enero-junio, 2012, vol. 6, nro. 29, p. 63.

Cuba exhibe una Carta Magna muy joven que utiliza fórmulas renovadoras en relación con la protección de la familia. Lógicamente, la Constitución patria no se pronuncia de manera directa sobre el régimen económico del matrimonio, pues no es de su competencia tal especificidad. "El modelo o paradigma jurídico de la familia, cuyos rasgos-principios se establecen en la Constitución, se desarrolla fundamentalmente en la legislación civil o de familia, al regular las clásicas instituciones del derecho de familia..." **(10)**. Sin embargo, en tanto ley programática, debemos hurgar en el texto constitucional para encontrar los pilares sobre los que debe fundarse la concepción del régimen económico del matrimonio en Cuba, sobre todo a la luz de la reforma del Código de Familia a la que conmina la propia Carta Magna.

II.1. Derecho a la libertad

Las conexiones del derecho a la libertad con el tema que nos ocupa pasan por los vínculos que lo conectan con la autonomía de la voluntad. El derecho a la libertad es un valor básico del ser humano, considerado como presupuesto para la realización de su personalidad **(11)**. Es por eso por lo que ha sido abordado como derecho esencial bajo las variadas clasificaciones de derecho natural, subjetivo, fundamental o humano **(12)**. Fue entendido en sus inicios como

(10) Mesa Castillo, O., "Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial", Revista Cubana de Derecho, UNJC, no. 30, julio-diciembre, 2007, p. 29.

(11) "El derecho de (o a la) libertad es, así, un derecho primario y general, y garantiza a la persona en su potestad genérica y hacer o no hacer cualquier cosa". Lacruz Berdejo, J. L. (et. al.), "Elementos de Derecho Civil I, Parte General", volumen segundo, Personas, 3era edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002, p. 86.

(12) Con relación a esta variedad de clasificaciones respecto al derecho a la libertad plantean Pérez Hernández - Prieto Valdés: "Cualquier teorización sobre los derechos del hombre está condicionada por circunstancias objetivas, es cuestión de época y sobre todo de intereses políticos y valores que proteger, toda vez que refleja el carácter, el alcance y la interpretación de las relaciones que se establecen entre el hombre como ente individual y la sociedad", Pérez Hernández, L. - Prieto Valdés, M., "Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", p. 300, en Pérez Hernández, L. - Prieto Valdés, M. (compiladoras), "Temas de Derecho Constitucional cubano", Editorial Félix

Thomson Reuters

"...una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su principal deber es procurar su propia conservación, sus principales cuidados, los que se debe a sí mismo y luego que está en estado de razón, siendo él solo el juez de los medios propios para conservarse, llega a ser por este motivo su propio dueño" **(13)**.

Frente al Estado, el derecho a la libertad de la persona es lo que le permite conservar su individualidad. "La verdadera existencia de un Estado de Derecho se evidencia en el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos (que no han nacido para el estado, sino al revés), en cuanto el libre albedrío es un atributo inherente a la persona humana que todo sistema jurídico debe aceptar como presupuesto" **(14)**. Visto así, pudiera pensarse que el concepto de libertad solo tiene funcionabilidad y relevancia en el ámbito político; sin embargo, "...la libertad (al menos determinadas libertades)... se afirmaron en el ámbito de las relaciones privadas al margen y sin ayuda del concepto de derechos fundamentales" **(15)**.

La libertad fue consagrada por el Estado liberal, primer modelo constitucional del Estado moderno, como una alternativa histórica para enfrentar la arbitrariedad de los monarcas absolutos. Bajo una triple condición: valor jurídico, principio constitucional y derecho fundamental, se imponía un límite explícito a la actuación de los funcionarios frente a los ciudadanos, esencialmente en relación con la política y el derecho de propiedad.

Siguiendo esta postura, todas las constituciones y ordenamiento jurídicos decimonónicos que se preciaran de avanzados, asumieron el derecho a la libertad como regente de sus valores y principios. "Este fue el caldo de cultivo natural para el florecimiento de la autonomía de la voluntad, principalmente en materia contractual" **(16)**. Significa entonces que la autonomía privada, de la que dimanan las obligaciones convencionales, constituye una paráfrasis jurídica de la libertad y la dignidad personal **(17)**.

Conceptualizar y definir el contenido de la autonomía en sede jurídica supone bastantes dificultades **(18)**. De manera muy simple pudiera significar el goce, por parte de un individuo particular, de un conjunto de poderes, en el ámbito determinado de su propia existencia **(19)**. Con esa visión abarcadora la autonomía se iguala a la libertad **(20)**. Para Navas Roggero: "El con-

Varela, La Habana, 2004. Sobre el mismo tema expone Álvarez-Tabío: "(...) podemos concluir que, cuando nos referimos a derechos humanos o derechos fundamentales o derechos de la personalidad, no tratamos conceptos excluyentes ni se defiende la absoluta y tajante delimitación entre los diversos términos enunciados ni en su forma de protección, sino de una recíproca e indispensable interdependencia entre ellos, cada disciplina aportando en el plano propio de su desenvolvimiento y de un diverso alcance, ámbitos y mecanismos de protección de diferentes consecuencias jurídicas", Álvarez Tabío-Albo, A. M., "La libertad de información y de expresión y los derechos de la personalidad, pautas para solucionar los eventuales conflictos", p. 19, en Villabella Armengol, C. M. - Pérez Gallardo, L. B. - Molina Carrillo, G. (coordinadores), "Derecho Civil Constitucional", Grupo Editorial Mariel SC, México, 2014.

(13) Rousseau, J. J., "El contrato social", p. 606 en Rousseau, J. J., "Obras escogidas", Libro Primero, Capítulo II "De las primeras sociedades", Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1973.

(14) Lasarte, C. "Principios de Derecho Civil", Ediciones Jurídicas y sociales SA, Marcial Pons, Madrid, 2005, 11ena edición, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona, p. 200.

(15) Cruz Villalón, P., "Derechos fundamentales y derecho privado", Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 1988, p. 97.

(16) Pérez Véliz, A., "El principio de igualdad vs. la autonomía de la voluntad en el Código Civil cubano. Nuevas miradas a treinta años de su promulgación", p. 182 en Pérez Gallardo, L. B., (coordinador), "El Código Civil cubano..., treinta años después", Ediciones ONBC, La Habana, 2018.

(17) Cfr. Diez Picazo, L. - Gullón, A., "Sistema de Derecho Civil", Editorial Tecnos, Madrid, 1982, vol. I, pp. 353 y 354.

(18) Tommasini, R., "Autonomia privata e rimedi in trasformazione", Giappichelli, Torino, 2013, p. 1.

(19) "Desde esta perspectiva, la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre individuales". Bussani, M., "Libertà contrattuale e diritto europeo", Utet, Torino, 2005, pp. 5 y 6.

(20) Según Pérez Gallardo, L. B.: "El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente libertad". Pérez Gallardo, L. B., "De la autonomía de la voluntad y sus límites" en Pérez Gallardo, L. B. (coordinador), "Lecturas de De-

Thomson Reuters

cepto de autonomía, de alguna forma se identifica con el de libertad" **(21)**.

La noción de libertad es primigenia y la autonomía una especie o forma de realización suya. "La palabra libertad significa libertad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar por lo que será responsable de sus actos...Si el hombre, no es o no se siente libre, su vida no será plena...y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad" **(22)**.

Tanta variedad de conceptos y apreciaciones se debe a la amplitud del derecho a la libertad. "En primer lugar y de hecho puede hablarse de libertad cuando estamos refiriéndonos a la posibilidad de disponer sin limitaciones de la propia persona, pero ello no puede detenerse ahí, el hombre necesita también su realización en el plano espiritual, por ello la libertad tiene que implicar la inexistencia de restricciones para el desarrollo de la persona como tal" **(23)**. Esto significa hablar de libertad en sentido positivo y negativo **(24)**.

Se entiendo por libertad negativa "la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos...la situación denominada libertad negativa comprende tanto la ausencia de impedimento, es decir, la posibilidad de hacer, cuanto la ausencia de constricción, es decir, la posibilidad de no hacer" **(25)**. En cambio, la libertad positiva es "la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también autodeterminación o, de manera más apropiada, autonomía" **(26)**.

En sede de derecho de familia la imperatividad no ha desaparecido; sobre todo en cuestiones como la indisponibilidad de los vínculos familiares, la irrenunciabilidad de los derechos derivados de potestades atribuidas a los sujetos y la imposibilidad de desatender obligaciones legalmente definidas. No obstante, "la autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad individual ha alcanzado en este ámbito una extensión antes impensable" **(27)**.

El derecho a la libertad aparece consagrado, en sentido estricto, en el art. 46 de la Constitución cubana; junto a otro grupo de derechos de las personas. Ello sin perjuicio de que en otros preceptos se reconozcan prerrogativas que pueden considerarse contenido del derecho a la libertad en sentido genérico **(28)**.

---

recho de Obligaciones y Contratos", Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 216.

(21) Navas Roggero, M. J., "Una nueva mirada sobre las familias: La contractualización de las relaciones Familiares", Diario DPI, Suplemento DPI Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos, no. 11, 17 de mayo de 2016.

(22) Pérez Gallardo, L. B., "De la autonomía de...", ob. cit., p. 216.

(23) Valdés Díaz, C. del C., "La persona individual" en Valdés Díaz, C. del C. (coordinador), "Derecho Civil, Parte General", Félix Varela, La Habana. 2006, p. 147.

(24) Pérez Gallardo se refiere a dimensiones de la autonomía de la voluntad: positiva y negativa. Pérez Gallardo, L. B., "De la autonomía de...", ob. cit., p. 220.

(25) Bobbio, N., "Igualdad y Libertad", Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 97.

(26) Ídem, p. 100.

(27) Domínguez Hidalgo, C., "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", Revista Chilena de Derecho, vol. 32, no. 2, mayo-agosto, 2005, p. 212.

(28) Los teóricos del Derecho, cuando se refieren al derecho a la libertad, terminan hablando de varias manifestaciones como son: derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de culto, derecho a la libertad de prensa, derecho a la libertad de educación, derecho a la libertad de reunión, etc. Cfr. Fix-Zamudio, H., "La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales", Editorial Civitas, Madrid, 1982. Martín Retortillo, L. - De Otto Pardo, I., "Derechos fundamentales y Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1988. Pizarro Sotomayor, A. - Méndez Powel, F., "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Universal Books, Panamá, 2006. Alexy, R., "Teoría de los derechos fundamentales", 2da edición traducida por Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. Del Río Hernández, M. A., "Las teorías sobre la democracia: un debate inconcluso", p. 41 en Matilla Correa, A. - Ferrer Mac Gregor, E. (coordinadores), "Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional

Thomson Reuters

Sin embargo, a los efectos que nos ocupan es el art. 46 el que, con el reconocimiento expreso y general que realiza del derecho a la libertad, se erige como cobertizo de la autonomía de la voluntad de las personas para autogobernarse. Amparado en esta regulación constitucional, corresponde a las leyes de desarrollo redactar sus contenidos adecuando el mentado derecho a su objeto de protección. En sede de derecho de familia una manifestación indudable del derecho a la libertad se expresaría en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para la disposición del régimen económico de su matrimonio.

II.2. Derecho a la igualdad

Desde sus orígenes y hasta hoy el principio de la igualdad ha estado muy ligado al principio de libertad **(29)**. No es una conquista ni una construcción social; el derecho a la igualdad es una consecuencia biológica, es consustancial a la naturaleza humana.

El principio de igualdad se inserta en el derecho de familia avanzado ya el siglo XX. Su manifestación estuvo dada al igualar a hombres y mujeres en sus relaciones con los hijos y en sus relaciones entre sí, tanto patrimoniales como personales y mediante la equiparación de padres e hijos en dignidad y respeto.

Al decir de Lepin Molina, la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio debe analizarse desde dos puntos de vista, el primero de ellos comprende los efectos patrimoniales, es decir, los regímenes patrimoniales. Como ejemplo de esa igualdad en el caso de Chile y resaltando las conquistas de la mujer, enumera respecto al régimen matrimonial pecuniario, la posibilidad de pactar en las capitulaciones la separación de bienes **(30)**.

En el tema que nos ocupa la igualdad se traduce en concebir un régimen económico del matrimonio que respete la paridad de los cónyuges en toda su magnitud, incluso valorando su individualidad. Al decir de Claudia Schmidt: "igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la comunidad de intereses y complementariedad que importa el vínculo matrimonial y que se plasma o al menos debiera manifestarse, en un sistema económico patrimonial del matrimonio que respete la personalidad jurídica individual de cada uno de los componentes de la unión matrimonial" **(31)**.

No se trata de concebir la igualdad como mera fórmula matemática. Es aplicar un concepto de igualdad con respeto a las diferencias individuales: "(…) una igualdad que reconozca e incluya a los otros, la cual permita y exija la aplicación diferente para los que los son" **(32)**. "No es cierto, como ya se dijo, que la igualdad, aún la de *jure*, exija tratamiento idéntico ni medidas iguales para hombres y mujeres. Más bien, uno de los principios fundamentales del derecho constitucional y de la teoría de los derechos humanos es que es discriminatorio tratar a diferentes como idénticos" **(33)**. Se trata de no crear injusticias en nombre de la igualdad.

---

de Juristas de Cuba, 2012. El propio texto constitucional cubano alude a la libertad religiosa (art. 15); libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional (art. 52); libertad de pensamiento, conciencia y expresión (art. 54); libertad de prensa (art. 55); libertad de asociación y reunión (art. 56); libertad de culto (art. 57).

(29) "Hoy día, esa libertad entendida como medio de reafirmación de lo individual en sede de lo colectivo, en las diferentes esferas sociales, es imposible concebirla desvinculada de la igualdad y de los demás derechos…". Ferrajoli, L. "Igualdad y diferencia", en Ferrajoli, L., "Derechos y Garantías. La Ley del más débil", Traducción de Perfecto A. Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 19. "En estrecha relación con la libertad, se expresó la igualdad, de manera similar, desde el análisis de lo natural". Prieto Valdés, M.; Roselló Manzano, R. - González Ferrer, Y., "Marco teórico constitucional del derecho al matrimonio igualitario. Un análisis desde Cuba", Revista Cubana de Derecho, no. 48, julio-diciembre, 2016, p. 163.

(30) Lepin Molina, C., "Los nuevos principios del Derecho de Familia", Revista chilena de Derecho privado, nro. 23, diciembre 2014, p. 28.

(31) Schmidt Hott, C., "La constitucionalización del derecho de familia", p. 1237 en Martinic, M. D. - Tapia, M., (directores), "Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro", Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, Tomo II.

(32) Prieto Valdés, M. - Roselló Manzano, R. - González Ferrer, Y., ob. cit., p. 166.

(33) Facio, A., "La igualdad substantiva. Un paradigma emergente en la Ciencia Jurídica", consultado en http://revsexologiaysociedad.sld.cu/index.php/sexologiaysociedad/article/view/354 el 20 de marzo de 2019.

Thomson Reuters

Significa que no todos los matrimonios son iguales, por lo que no tiene por qué imponérseles legalmente iguales pautas de ordenación de su economía. La igualdad supone respeto a la diversidad y una manera de respetar las individualidades de cada pareja es permitirles que organicen patrimonialmente su vida en función de sus necesidades e intereses. Recordemos la famosa frase de Acton señalando que en la Revolución francesa "[l]a pasión por la igualdad hizo imposible la esperanza de libertad" **(34)**.

En el caso del texto constitucional cubano, el art. 42 reconoce el derecho a la igualdad. En el desarrollo del propio precepto se incluyen una serie de disposiciones que constituyen formas de realizar este derecho. El art. 43 se refiere expresamente a la igualdad del hombre y la mujer, aunque no lo limita al ámbito estrictamente familiar. Por su parte el art. 44 alude a las garantías para el ejercicio de este derecho.

En atención al tema que nos ocupa la incidencia del derecho a la igualdad viene dada por el hecho de que, aun cuando existen elementos comunes en los matrimonios, hay individualidades que requieren ser respetadas. La posibilidad de los cónyuges de decidir la organización patrimonial de su vínculo hace que el régimen económico de cada matrimonio se parezca a él; que no sean legalmente tratadas como iguales, relaciones maritales que no lo son.

II.3. Derecho a la propiedad

La propiedad y su regulación normativa es, en gran medida, expresión en la superestructura jurídica de las ideas sociales, políticas y económicas, que sacuden a las naciones en un período y contexto determinados **(35)**; por tanto, la propiedad está condicionada por la economía y la sociedad. Es difícil dar un concepto único de propiedad **(36)**. De una manera muy resumida y exacta a la vez, Diez Picazo y Gullón refieren que, tal y como la define la doctrina, la propiedad ha de entenderse como "el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa" **(37)**.

La Constitución cubana de 2019 sigue la sistemática de su antecesora y en su art. 22 reconoce las distintas formas de propiedad **(38)** que coexisten en el Estado cubano. El estatuto económico constitucional sigue cimentado en la propiedad socialista de todo el pueblo como fortaleza del poderío económico del país **(39)**; pero se abre el diapasón todavía más para el reconocimiento de formas de propiedad en consecuencia con la variedad de actores económicos que operan en el contexto cubano.

Sin dejar de reconocer la propiedad personal (art. 22, inc. g]) **(40)** interactúa, junto a variadas formas de propiedad social, la propiedad privada (art. 22, inc. d]). La intención de reconocer esta última no tiene que ser borrar el régimen de la propiedad personal como fórmula más próxima a la propiedad privada; sino repensar

(34) Acton, "History of Freedom and other essays", London, 1907, p. 57.

(35) Diez Picazo, L. - Gullón, A., Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, vol. III, p. 161.

(36) "...tal dificultad resulta multiplicada por el propio concepto tradicional de la propiedad, que la sitúa en el corazón del derecho subjetivo (el derecho subjetivo por excelencia), como ámbito soberano de las prerrogativas del individuo sobre las cosas, una suerte de agujero negro en la confusa galaxia de las normas, que, dotado de una especial intensidad gravitatoria, arrastra al vórtice del poder libérrimo del sujeto toda potencial utilidad de las cosas...". López - López, A. M., "El derecho de propiedad. Una relectio", Estudios Monográficos, 1998, p. 1640.

(37) Diez Picazo, L. - Gullón, A., "Sistema de Derecho Civil", vol. III, ob. cit., p. 162.

(38) "Las llamadas por décadas formas de propiedad, no son una teoría, son, a mi juicio, un reconocimiento que hacen los estados que siguieron el estatuto diseñado para la construcción del socialismo en la Constitución soviética de 1918, a otras formas distintas a la propiedad estatal, que era la que ocupaba un lugar cimero, único, patrimonio común de todo el pueblo soviético". FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M., "Duelo teórico entre las formas de propiedad y la propiedad privada en Cuba", p. 198 en Pérez Gallardo, L. (coordinador), "El Código Civil cubano...", ob. cit.

(39) Vid. Art. 18 de la Constitución de la República de Cuba.

(40) El término propiedad personal fue utilizado por la teoría socialista del derecho con la pretensión de distinguirla de la propiedad privada, considerando que los bienes que la integran no son resultado de la explotación del trabajo ajeno, ni permiten la obtención de ganancias lucrativas, comprende esencialmente objetos de uso y consumo personal. Vid. Álvarez-Tabío, F., "Comentarios a la Constitución Socialista", Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1981, pp. 108-112.

Thomson Reuters

el estatuto constitucional de la propiedad en correspondencia con los regímenes diferenciadores, las bases teóricas, la técnica normativa y los principios del modelo socioeconómico cubano **(41)**.

En correspondencia con el principio de progresividad **(42)**, la nueva Constitución cubana no solo admite nuevos tipos de propiedad, sino que el art. 58 hace un reconocimiento expreso del derecho subjetivo de propiedad, confiriéndole así rango constitucional. Incluso, trasciende los marcos de la mera declaración para disponer expresamente la obligación del Estado de garantizar su realización.

La familia necesita para su desenvolvimiento un conjunto de bienes que permitan cubrir sus necesidades materiales y desempeñar una de sus funciones elementales: la económica **(43)**. Los miembros de la pareja ostentan la propiedad privada o personal sobre esos bienes que integran el patrimonio al servicio de la familia, respaldados en su ejercicio por la Constitución.

De esta forma los arts. 22 incs. d y g y 58 de la Constitución cubana de 2019 se podrían situar con actitud inspiradora en sede normativa, en el punto de partida del conjunto normativo que disciplinaría la propiedad de las personas naturales, actuando por sí solas o como miembros de una familia, en Cuba. Constituirían, además, fundamento constitucional para el reconocimiento por el derecho de familia, de la facultad de los contrayentes para disponer la organización patrimonial de su matrimonio; en concordancia con el sistema político y económico imperante.

II.4. Derecho de las familias

La familia tradicional, en su concepción inamovible, estática, casi inmutable, ha dado paso a una noción más dinámica y cambiante; mucho menos estable, invariable y singular **(44)**. Ello impone la aceptación de un pluralismo jurídico en el contexto de la familia al momento de normar las diferentes formas de su constitución; pero también implica admitir las diferencias en su dinámica y funcionamiento **(45)**.

Así, la Constitución Cubana de 2019 en su art. 81 reconoce y protege a las familias y siguien-

(41) Cfr. Fernández Martínez, M., ob. cit., p. 200.

(42) "El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no solo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual...". Amparo directo en revisión 2425/2015. Grupo Uno Alta Tecnología en Proyectos e Instalaciones, SA de CV 12 de agosto de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, noviembre de 2015, p. 1298.

(43) "Independientemente de las diversas formas que adopten, sí nos parece importante resaltar las funciones básicas que debe atender cualquier familia. Existe a nuestro juicio una primera, elemental y objetiva que es la función material o económica, resulta indispensable para poder desempeñar el resto de los roles que le corresponde, es el hecho de tener sustento para lograr alimentarse, vestirse y calzarse. De esta depende el nivel de vida alcanzado por la familia". Martínez Vasallo, H. M., "La familia: una visión interdisciplinaria", Revista Médica Electrónica, vol. 37, nro. 5, Matanzas, septiembre-octubre, 2015, p. 527. "Esa es precisamente la piedra angular que caracteriza la existencia de la familia: las funciones que cumple. (...) Estas funciones se definen históricamente en tres direcciones fundamentales: 1. Función económica, de manutención, de satisfacción de necesidades materiales: la famita como sustento económico y sus miembros...". Arés, P., Psicología de la familia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2002, p. 27.

(44) Cfr. Arana De La Fuente, I., "Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales", en Diez Picazo Giménez, G. (coord.), "Derecho de Familia", Thomson, Reuters-Civitas, Pamplona, 2012, p. 167.

(45) "Esta idea se fortalecerá con un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía de la voluntad, y facilitará la posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares por parte de la pareja, generando estructuras jurídicas cada vez más particularizadas". Espinoza Collao, A. D., "¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar", Revista Tla-melaua, vol. 10, no. 41, Puebla, marzo 2017, p. 235.

Thomson Reuters

do a su predecesora, la Constitución de 1976 en su art. 35, ratifica el carácter de ella como célula fundamental de la sociedad. Sucesivamente dedica otros ocho artículos a regular elementos significativos del grupo familiar, sin perjuicio de la incidencia que sobre el tema puedan tener otros preceptos dentro del propio texto.

Salta a la vista, en primer orden, cómo el constituyente denomina al Capítulo III del Título V: "Las Familias", con un intencionado uso del plural **(46)**, que no es casual y mucho menos errático. El lenguaje "no es neutro y no puede olvidarse su verdadera capacidad de transformación sobre la realidad. El lenguaje legislativo no solo tiene un efecto jurídico-normativo, sino un poder simbólico que no puede pasar inadvertido" **(47)**.

Responde así la Constitución a una realidad social que había llamado la atención de la comunidad científica. "Se trata, pues, de proteger a la familia. Pero no a un único tipo de familia querido por el Estado, sino a las familias; en el respeto a las diversas formas de vivir en familia que en el ejercicio de su autonomía individual y familiar las personas han elegido" **(48)**. De esta forma se reconoce que "...es lo cierto que hay familias y no una familia en la realidad social" **(49)**. Esta concepción supera las posiciones tradicionales que asientan la familia en el matrimonio y acepta que son también regulares los modelos sustentados en otros factores de hecho y que se rigen por los afectos.

De tal suerte, se experimenta una especie de apertura en la comprensión del modelo familiar que comienza por entender todas aquellas tipologías que la conforman y debe hacerse extensiva a admitir la pluralidad con que pueden funcionar y que deben ser reguladas por la ley con admisión de la autorregulación **(50)**. Se trasluce entonces el interés de la clase dominante por promover el libre desenvolvimiento de la persona, primero en su espacio de realización familiar, con inminente repercusión a escala social.

En relación con el tema que nos ocupa, la diversidad familiar acepta la variedad de formas para dirigir la economía de ese grupo. Aun cuando algunos deberes y derechos en el plano económico son ineludibles; el Estado debe permitir a cada familia disciplinar su vida patrimonial de acuerdo con sus esencias.

Por su parte el art. 82 de la Carta Magna reconoce el matrimonio como una de las formas de organizar la familia, aunque no la única. La expresa y especial referencia a esta institución socio jurídica, induce a pensar en una posición conciliadora del constituyente que defiende las tradicionales formas de constituir una familia, sin desdeñar las moderna; admitiendo entonces el matrimonio como la base histórica funda-

(46) Sobre el uso del término familia en número singular o plural: "Independientemente de cualquier juicio de valor, lo cierto es que en Occidente las familias se diversifican a tal punto que resulta difícil utilizar el término familia en singular". Borrillo, D., "La contractualización de los vínculos de familia", Derecho de Familia. Abeledo Perrot, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, vol. 1, no. 79, Buenos Aires, 2017, vol. 1, no. 79, p. 1. En el mismo sentido Valpuesta Fernández, R., "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones", Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Editorial Colegio de Registradores, Madrid, 2004, Tomo II, p. 4915. Valpuesta Fernández, R., "La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 29.

(47) Pérez Gallardo, L. B. en Castro Morales, Y., ¿Por qué familias y no familia?, Periódico Granma, Edición digital de 19 de noviembre de 2019 en http://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2018-11-07/por-que-familias-y-no-familia-07-11-2018-18-11-55.

(48) Cajigal Cánepa, I. - Manera, M. G. "La autonomía de la voluntad en las relaciones afectivas de pareja", FCEyJ (UNLPam), EdUNLPam, Santa Rosa, enero-junio 2019, Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, vol. 9, no. 1, p. 33

(49) Mesa Castillo, O., "Acerca del principio constitucional...", ob. cit., p. 29.

(50) "Ya no hay un único modelo de Familia. La familia atraviesa hoy grandes transformaciones. Dentro de un mismo estado coexisten diversas organizaciones familiares. Esto exige: ... otorgarse mayor amplitud a la autonomía de la voluntad dentro del ámbito patrimonial, para que cada familia pueda elegir cuál es el sistema patrimonial que más se adapta a sus necesidades. Conclusiones de la Comisión N.º 1 "Los Principios Jurídicos en la familia de nuestros días" en el X Congreso internacional de Derecho de Familia en la ciudad de Mendoza, septiembre de 1998, en JA del 6/02/1999, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba Revista Notarial, 1998-2, No. 76, p. 21 en http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-76-1998-15-Congresos.pdf, consultado el martes 23 de septiembre de 2019.

Thomson Reuters

cional de la familia, sin perjuicio de otras figuras sociales y jurídicas.

A primera vista esta interpretación pudiese resultar contradictoria a la apertura que se venía defendiendo. Sin embargo, de lo que se trata es de no desconocer la tradición social del matrimonio y la probada funcionabilidad de la institución. En esta línea de pensamiento pudiera defenderse la idea de que en la Constitución cubana la noción de familia incardina primero en el matrimonio o, por lo menos, que la legislación de desarrollo no puede debilitar su tutela. Muy por el contrario, todas las concepciones y regulaciones deben conspirar para el éxito del matrimonio o cualquier otro acto constitutivo de la familia.

De tal suerte encontramos otra razón para abogar por medidas revolucionarias y efectivas de protección de la familia matrimonial, cual pudiera ser la posibilidad de decidir sobre su régimen patrimonial y de esta forma superarse en el ejercicio de la función económica. El reconocimiento constitucional a la diversidad familiar implica admitir la variedad en la dinámica familiar que incluye la organización económica del grupo.

II.5. Derecho a la intimidad familiar

La intimidad se ha considerado como una nota característica de la familia **(51)**. En la misma medida en que en los últimos años se limita la intervención estatal en la familia, se reconoce la existencia de un espacio privado en ese grupo. De esa forma se construye lo que se ha dado en llamar derecho a la intimidad familiar.

La teoría del derecho a la intimidad históricamente se ha estructurado sobre la base de considerarlo como un derecho subjetivo personalísimo, extramatrimonial y específico cuya afectación da lugar a una reparación integral **(52)**. Sin embargo, para autores como Córdoba la existencia de una intimidad colectiva protegida por ley es incuestionable. Hay intimidades que corresponden a un grupo y no a una persona; cuya disposición no corresponde de manera independiente a un integrante del colectivo sino a todo el conjunto **(53)**.

En las intimidades colectivas la lesión a la intimidad de uno de los miembros perturba la intimidad de los otros. "El caso paradigmático de intimidad colectiva se da en el seno de la familia" **(54)**. Aunque existen otros supuestos como el de asociaciones y sociedades, la espiritualidad y los afectos propios del seno familiar la acercan mucho más al concepto de intimidad colectiva.

La fundamentación jurídica de la existencia de un derecho a la intimidad familiar deriva de la forma de vida que se funda en la concepción de que existen satisfacciones individuales que se logran solo con la satisfacción del conjunto **(55)**. "Su validez como derechos descansa en su 'funcionalidad' respecto a una forma de vida" **(56)**. Es por ello por lo que la familia en sí misma y su intimidad se constituyen bienes jurídicos diferentes con protección individualizada.

A los efectos de encontrar el sentido del derecho a la intimidad familiar y la relación que guarda con la autonomía de la voluntad en la organización patrimonial del matrimonio, cobran vital importancia los conceptos de libertad en sentido positivo y negativo a los que aludimos *supra*. La libertad en sentido positivo se refiere a la libertad de acción y en sentido negativo apunta al espacio en que la persona puede actuar sin ser obstaculizada por terceros, sean

(51) Bercovitz, R. - Rodríguez - Cano - Álvarez, P., "Manual de Derecho Civil", Derecho de Familia, Editorial Bercal SA, Madrid, 2007, pp. 20-21. Quintana, M., Derecho de Familia, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2015, 2da edición, pp. 24-26.

(52) Cfr. Bueres, A. J., en "Prólogo" a Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. - Bertoldi de Fourcade, M. V., "Trasplante de órganos", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

(53) Cfr. Córdoba, M. M., "Seminario permanente de Investigaciones del Derecho de la Persona", CAECS, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2016.

(54) Laje, A., "La codificación de los derechos de incidencia colectiva: La problemática del derecho a la intimidad", p. 170 en Pérez Gallardo, L. B., (coordinador), "El Código Civil cubano...", ob. cit., 2018.

(55) Cfr. Córdoba, M. M., ob. cit.

(56) Vattimo, G., "El fin de la modernidad", Editorial Gedisa, México, 2000, p. 84.

Thomson Reuters

estos particulares o el Estado. La libertad en negativo señala un espacio personal libre y fuera de la intervención de otros. Este elemento de la libertad es el que incide directamente en el concepto de intimidad, que es absoluto en relación con los demás **(57)**.

El concepto de intimidad colectiva como especie de libertad negativa delimita la esfera de cada protección jurídica. Así se imponen límites a los terceros y se establecen derechos de defensa de los titulares frente a quienes sobrepasan los límites violando los espacios de exclusividad.

En el ejercicio de esa libertad en negativo y reconociendo el derecho a la intimidad familiar, es que debe existir la posibilidad de que los cónyuges puedan disciplinar el régimen económico de su matrimonio. En principio, no tiene por qué invadirse la esfera patrimonial de una familia y una pareja; siendo este un espacio reservado de autorregulación, el conocimiento por parte de terceros, sean cuales fueren incluido el Estado, debe ser restringido y solo permitido a los fines de defender las presuntas violaciones de los derechos individuales de los miembros del grupo.

Aun cuando el derecho a la intimidad familiar tiene carácter extrapatrimonial, las cuestiones que deben ser reservadas al grupo pueden ostentar otra naturaleza; cual es el caso que nos ocupa. Debiera considerarse de absoluta incumbencia para la pareja, lo relativo a las relaciones patrimoniales entre sí y de estos con terceros; pasando a formar parte del contenido del derecho a la intimidad familiar lo relativo al régimen económico del matrimonio. Solo en casos excepcionales asociados a vulneración de los derechos individuales se justifica la violación a la intimidad familiar para conocer e incidir en esa cuestión.

El art. 48 de la Constitución cubana reconoce el derecho a la intimidad familiar. Sin desarrollar qué se entiende por tal, el constituyente acogió este concepto de avanzada y lo sumergió junto a otro grupo de derechos inherentes a la personalidad propios del individuo. Una lectura sistémica del mentado art. 48 induce a pensar que el derecho a la intimidad familiar en la Constitución cubana es un derecho más de la persona, está vez insertada en un grupo, y no el derecho autónomo de una colectividad.

De cualquier manera, la sola consagración del derecho ya es provechosa a los efectos que nos ocupan. La interpretación posterior del artículo por los órganos competentes se encargará de fijar su sentido y alcance de manera inequívoca. En principio es suficiente con aceptar que las cuestiones relacionadas con la economía familiar son de las que deben quedar reservada para la disposición de la pareja en consideración a su intimidad.

III. A modo de conclusión

El interés del Estado por la organización familiar se explica si se tienen en cuenta que los vínculos dialécticos entre el desarrollo de las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción con los tipos de familia, la forma de matrimonio y la organización social; hacen que el desarrollo y funcionamiento estatal esté conectado con la funcionabilidad de sus familias **(58)**. "El nivel de una nación depende, ante todo, aunque no exclusivamente, del respeto de la institución familiar" **(59)**. La axiología de un Estado se gesta y reproduce en sus familias y viceversa; la Constitución es el texto programático de un país por lo que en su contenido es caso obligado el tratamiento a ese grupo **(60)**.

(57) Laje, A., ob. cit., p. 179.

(58) "Si la concepción generalizada es que la familia se considera la célula fundamental de la sociedad, el Estado debe tener dentro de sus principales obligaciones y prioridades la defensa y protección de esta, reprimiendo y sancionando aquellas conductas que atentan contra su integridad física o sicológica, propiciando las condiciones para que esta cumpla con su deber de educar y orientar a sus miembros, sin sobrepasar los límites de la privacidad". Álvarez Pértuz, ob. cit., p. 33.

(59) Leclero, J., "La familia", Editorial Herder, Barcelona, 1962, p. 49.

(60) "Se expresa por algunos autores que la protección de la familia por el Estado consignada en las Leyes Fundamentales de las naciones se debe a que el proceso histórico de la familia nos demuestra que cada día está más acentuado el signo negativo de su debilitamiento y descomposición...". Mesa Castillo, O., "Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial", Revista Cubana de Derecho, UNJC, nro. 30, julio-diciembre, 2007, p. 25.

Thomson Reuters

La familia es objeto de protección en el ordenamiento jurídico nacional; siendo evidente el reconocimiento de la importancia de la funcionabilidad de este grupo para el Estado y la sociedad. La sistematización de los derroteros que marca el texto constitucional cubano para la regulación del régimen económico del matrimonio en la futura norma de derecho familiar cubano es el resultado del análisis holístico e interrelacionado de principios, derechos y tendencias del derecho constitucional y de familia y su expresión en suelo patrio.

La mera consagración de los principios o derechos que se analizaron anteriormente y que se refrendan en la Constitución, todavía no son suficientes para su completa realización; si bien abren los pórticos para las futuras leyes de desarrollo. Los objetivos que se quieren lograr en relación con la familia requieren un concurso multifactorial para su realización. "(...) [E]s lo cierto que la protección a la familia no se logra solo con la plasmación de este principio en las Constituciones y en los Códigos, es necesario que se asiente en una voluntad política, en el conjunto de medidas socioeconómicas, de asistencia y seguridad social y de verdadera aplicación de lo que se establece en la norma jurídica formal" **(61)**.

(61) Ídem, p. 35.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Comentarios Jurisprudenciales

Thomson Reuters

Thomson Reuters

PLURIPARENTALIDAD

Padre biológico. Responsabilidad parental compartida. Obligaciones del Estado. Interés superior de la niña. Sentencia sin formato rígido y tradicional.

Con nota de Elena Mendoza

1. — El Estado debe reconocer a la familia conformada por una niña, su padre jurídico- no biológico, su padre biológico-no jurídico —con quienes convive— y su madre, en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva- biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

2. — La niña cuya filiación se reclama en el caso tiene razón en negarse a optar entre quien es su padre jurídico y su padre biológico, porque ambos cumplen con la función de padre; ambos ejercen plenamente las funciones parentales, le dan amor y se encargan de su cuidado; con ambos vive y comparte.

3. — Es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de una niña a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista): esto es ser hija de su padre jurídico y su padre biológico, con quienes vive, tal cual ella la describe y la experimenta.

4. — El Estado no puede limitar la opción de una niña de asumir y disfrutar de dos padres —el legal y el biológico, con quienes convive—, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad.

5. — El derecho autónomo de una niña de "no elegir entre dos padres" —el legal y el biológico, con quienes convive— lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe; y, como derivación directa de ello, se debe evitar que, por reconocer a un padre un mejor derecho que a otro, se derive en una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes; y, en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

6. — Las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre una niña, su padre jurídico y su padre bilógico no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de interfuncionamientos prolongados entre el niño y el adulto. Ambos son sus padres y ella se siente hija de ambos, se autopercibe como hija de ambos.

7. — Una niña tiene el mismo derecho que los/as otros/as niños/as (ciudadanos/as argentinos/as) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia.

8. — El art. 558 del Cód. Civ y Com., en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación, constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia, y específicamente al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN).

Juz. Civ. en Flia y Suc., Monteros, 07/02/2020. - L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación.

[Cita on line: AR/JUR/132/2020]

1ª Instancia.- Monteros, febrero 7 de 2020.

Esta sentencia (decisión final en este proceso) se desarrollará en las siguientes partes: I. Antecedentes del caso (resumen de los elementos agregados y del procedimiento), II. El relato de la historia. La decisión final y las explicaciones que desarrollo para llegar a esa solución (análisis completo y detallado de las circunstancias del caso y los argumentos jurídicos y no-jurídicos que —entiendo— aplican para la resolución), III. El fallo: es la parte titulada como "Resuelvo", en donde hago conocer técnica y precisamente mi decisión y sus alcances (es decir, qué implica).

Anticipo que no voy a escatimar ni tinta ni empeño para desarrollar esta decisión. Pues el Estado —en este caso el Poder Judicial— está obligado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga y del esfuerzo para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas **(1)**.

Antes de pasar a desarrollar cada punto que dijera en el primer párrafo —alejándome de todo formato rígido y tradicional que tenemos los jueces y las

(1) Convención de los Derechos del Niño (artículo 4), Convención Americana de los Derechos del Hombre (artículo 2).

Thomson Reuters

juezas para escribir los fallos, sin que tales formas hoy merezcan tanto valor— me permito citar una reflexión del libro El Principito, que enseña: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón" **(2)**. Y es que para poder dar una solución jurídica a este caso —pues a decir verdad [el caso] ya está resuelto por la vida misma y mucho antes de esta sentencia— no solo tuvimos que mirar más allá de la apariencia, sino también tuvimos que deshacernos de nuestros prejuicios y estereotipos para conectar realmente con las personas que participan en esta historia. Especialmente con J. de 9 años, que es no solo la protagonista sino quien conquistara la solución.

En definitiva, es la niña la que mostró qué era —y sigue siendo— "lo esencial de este caso" [como El Principito], y al mismo tiempo exige [al Estado] echar una mirada a su vida con todos los sentidos.

A continuación, despliego cada punto.

I. Antecedentes del caso:

Este expediente (conjunto de documentos) se inicia con la demanda (petición ante la justicia) que presenta el Señor R. L., con el propósito de lograr el reconocimiento legal como padre de J. S.

Por esa acción judicial, lo que pretende R. L. es la impugnación de la filiación **(3)** paterna del Señor J. S., quien figura como padre de J. en el acta de nacimiento.

El escrito de demanda está agregado en las páginas 02 a 06. Como se puede observar, el Señor L. realiza su presentación con el patrocinio (asistencia jurídica) del Dr. Jorge Rubén Molina, MP ... CAS, y constituye domicilio a los fines de las notificaciones de este proceso en el Casillero N° 210 de este Centro Judicial. Indica que es el padre biológico de J. S., y es por eso que dirige la demanda en contra del Señor J. S., quien reconoció a la niña como su hija. Luego expone —brevemente— la historia de vida que tuvo con la Sra. L. C. (mamá de J.) y señala que se casó con ella meses después que nació la niña.

En la página 11 y 12 se agregan el acta de nacimiento de la niña y el acta de matrimonio entre L. y C.

Con todo ello, y por lo que pretendía inicialmente el Sr. L., dispongo enviar el expediente a la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial para que opine sobre la incorporación de la Señora L. C. a este proceso, pues esta última no había sido inicialmente convocada por el accionante (como codemandada). Ver página 15.

El Agente Fiscal **(4)** emite su dictamen (opinión técnica), en el cual considera que debe incluirse en este expediente a la Señora L. C. y a la niña J. S. por entender que la participación procesal de ambas es necesaria.

En consecuencia, según decreto del 01 de febrero de 2018 (página 21), dispongo enviar copia de la demanda al Sr. S. y a la Sra. C. Asimismo, ordeno correr vista (que tome conocimiento del estado del expediente) a la Defensora de Niñez de este Centro Judicial, quien representa complementariamente a la niña.

En ese ínterin, el Señor L. se presenta con otro abogado, el Dr. Roberto Charcas y constituye domicilio procesal en casillero N° 251.

En las páginas 34 a 38 agregamos la contestación que hace el Señor J. S. Este último se presenta con el patrocinio de la Dra. Ingrid Lausberg MP ... CAT, y constituye domicilio en casillero N° 292. En dicho escrito, solo plantea la excepción de prescripción y la caducidad **(5)** de los plazos legales para interponer su reclamo. Sustenta su argumento en lo dispuesto en el artículo 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación). De esa pieza procesal, puede leerse que la paternidad biológica de R. L., no fue ni un hecho ni un aspecto controvertido por J. S.

Del planteo de prescripción se ordena correr traslado (es decir que R. L. sepa y diga algo respecto del planteo de S.). Ver página 39.

En la hoja 41, R. L. responde a las cuestiones de esos plazos vencidos, y refiere que todo eso es contrario a los derechos que se consagran en la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, la Sra. L. C. no contesta demanda. Tampoco se presenta en este juicio.

(2) Antoine de Saint-Exupéry, "El Principito"

(3) Diccionario de la Real Academia Española: 'Conjunto de los datos identificativos de un individuo' y, en especial, 'procedencia de una persona respecto de unos determinados padres'. Otro: "La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico". https://es.wikipedia.org/wiki/Filiacion.

(4) Órgano que actúa en los casos en que se encuentre comprometido el orden público y en los previstos por las leyes especiales (Ley Orgánica del Poder Judicial y sus modificatorias)

(5) Instituto jurídico por el que un derecho se extingue o, si se quiere, muere a consecuencia del transcurso del plazo legalmente establecido para su ejercicio sin que este se hubiera ejercitado.

Thomson Reuters

Con todo ello solicito nuevamente la intervención de la Sra. Agente Fiscal. Al mismo tiempo, en la página 51 dispongo correr vista a la Defensoría de Niñez para que emita opinión técnica en relación a los planteos sobre la identidad de la niña, y las cuestiones procesales planteadas en el expediente.

A la par, y a los fines de garantizar los derechos de fondo y de forma (es decir los que ya se estaban ventilando sobre la identidad de J. y su derecho a participar activamente en este juicio) dirijo oficio al Colegio de Abogados del Sur, a fin que proponga a algún profesional preferentemente especializado en materia de infancia, que pudiera asesorar y asistir técnicamente a la niña si ella lo quisiera. En la página 55, es agregada la contestación del oficio por parte de las autoridades del Colegio de Abogados del Sur, informando sobre la propuesta de dos profesionales: las Dras. F. d. l. B. y N. d. V. E. Sin embargo, la niña no tomó contacto con ninguna de esas profesionales.

En la página 57, es agregado el dictamen de la Defensoría de Niñez y Adolescencia.

En la hoja 59 ordeno convocar formalmente a J. a participar en este proceso haciéndole, saber que tiene derecho a expresar su opinión y a tener asistencia técnica (abogado del niño). Que para ello contaba con dos abogadas propuestas por el Colegio de Abogados del Sur, para el caso que ella lo quisiera y así lo decidiera.

Dado que la niña reside en la zona de Amaicha del Valle (lugar alejado de este Juzgado y en zona de montañas —Valles Calchaquíes—) y que su traslado hasta mi oficina podría significar una barrera territorial y temporal (por el diligenciamiento de cédulas) disuasoria del acceso efectivo a la justicia, dispongo que la entrevista con J. fuera en su lugar de residencia **(6)**, y que el traslado sería de esta jueza conjuntamente con el actuario del juzgado, profesional del Gabinete Psicosocial, y el Ministerio de Niñez (página 66).

En efecto, el día 20 de mayo de 2019, se lleva a cabo la entrevista con la niña en el lugar donde ella habita, con la colaboración del Lic. Marcelo Paz Aparicio (psicólogo del Poder Judicial), y la Sra. Silvina Giuliante en representación de la Defensoría de Niñez del Poder Judicial. Es importante destacar, que la charla se realizó con total sujeción a las disposiciones de la Convención de los Derechos de los Niños (en adelante CDN) y a la Ley 26.061 sobre Protección Integral de la Niñez. En ese sentido, se le explicó a la niña en términos sencillos el motivo del encuentro, cuál era la razón para charlar sobre el asunto que se trataba en el expediente. Luego de esas explicaciones y darle la información que nos pidiera, le preguntamos si podíamos continuar con la entrevista. Ella aceptó. En esa oportunidad, J. contó cómo está conformada su familia. Nos explica que tiene dos -2- papás: J. y R. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá J., otra hermana por parte del papá R., más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive parte del tiempo con J. (a quien llama "papito") y parte del tiempo con R. (a quien llama "papá"). Que comparte tiempo con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le "habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo" (sic). Continua diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose J. S.

Luego se le informó sobre el derecho que tiene a resguardar el acta [el papel donde escribimos lo charlado] en privado para que se preserve lo conversado, o bien que se agregue al expediente y pueda ser conocidos por otras personas. Con total claridad y contundencia nos pidió que la agreguemos al expediente.

Frente a lo charlado con J., es que ordeno librar oficio a la Lic. Valeria Rivero, quien se desempeña en el área de Servicios Locales de la Dirección Infancia, Niñez y Familia (en adelante DINAyF) de Amaicha del Valle, para que envíe informe completo y detallado sobre las intervenciones que realizaron en relación a la niña y a su grupo familiar; y del mismo modo convocar a una audiencia en el marco del artículo 38 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Tucumán (en adelante CPCCT) a ambas partes, es decir, al Señor L. y Señor S. (p. 75).

En la página 86, y por medio tecnológico se presenta J. con la Dra. Gabriela Gómez Peña, del Centro de Acceso a la Justicia de Amaicha del Valle. Mediante dicha pieza procesal, la niña junto con su abogada solicita que se respete el derecho de identidad en el doble aspecto: dinámica y estática. La Dra. Gabriela Gómez Peña reitera textualmente el pedido de J. diciendo que "no quiere elegir entre ambos padres, que ella tiene los dos y que a los dos los quiere. Que quiere seguir llamándose J. S.". Luego, la abogada asienta y justifica tales pretensiones en los derechos fundamentales y constitucionales de la niña.

En la página 97, es adjuntada el acta de audiencia que se hiciera con el Sr. L. el día 12 de junio de 2019. En ese momento R. L. es acompañado por otro abogado, el Dr. Diego Eduardo Vals, quien solicita repre-

(6) Acciones positivas relacionadas a la exigibilidad y acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes. Adaptación y adecuación de las formas procesales a favor de la infancia, exigido por la CIDH en el informe "Hacia la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes", noviembre 2017.

Thomson Reuters

sentación de urgencia, sin revocar el poder conferido al Dr. Charcas. No se presenta el Sr. S., ni la profesional patrocinante, Dra. Ingrid Lausberg, a pesar de estar notificados (hoja 83). Una vez que comienza la audiencia, se le explica al Señor L. el rol protagónico de la niña en este proceso, y se le hace conocer su opinión y petición. R. L. manifiesta que "es consciente de la voluntad de su hija". Finalmente, el Ministerio de Niñez solicita que se dicte sentencia. Así fue dispuesto en el mismo momento, previo pago de la planilla fiscal (hoja 97 vta.).

En la página 98 se practica planilla fiscal, es decir, los gastos generados por el uso del servicio de justicia.

En las páginas 101 a 103, el Dr. Vals acompaña recaudos legales (bonos profesiones, boleta de aportes establecidos por la ley 6059, requisitos que todos los abogados deben cumplir al momento de iniciar o de presentarse en un juicio). En la página 107 bis es acompañada tasa de justicia por pago de planilla fiscal.

Desde la página 117 a 122 es agregado el informe detallado de la Licenciada Valeria Rivero, quien se desempeña para la DINAyF en la localidad de Amaicha del Valle. De dicho informe surge el resultado de las intervenciones que hiciera con la familia de la niña.

En las páginas 124 y 125, es adjuntado el dictamen de la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial. En dicho instrumento, concluye la titular del Ministerio Fiscal que: "[...] a fin de tutelar sus vínculos afectivos, respetando la construcción de su identidad dinámica de la niña, y contando esta con la madurez suficiente como para decidir sobre su identidad de origen, entiende este Ministerio Público Fiscal que S.S. puede hacer lugar a las presentes en base al pedido de la niña, con ajuste a las Convenciones de fondo y en forma".

Con estos elementos queda este expediente en condiciones de resolver, correspondiendo ingresar en el tratamiento de lo solicitado por la niña y por las partes adultas intervinientes en este proceso.

Los hechos y acreditaciones de autos:

La demanda: R. L. pide que se desplace a J. S. como padre de J. El Sr. R. L. afirma que es el padre biológico de la niña.

La contestación de la demanda: J. S. no discute la paternidad biológica de R. L. El hecho no está controvertido. Solo pide que se rechace la demanda por haber vencido los plazos concedidos por la ley para iniciar la acción judicial.

La participación procesal y protagónica de la niña en el proceso. Participación con asistencia técnica (figura del abogado del niño) **(7)**: J. S. reconoce como padres a los dos. Conoce su origen biológico y su origen legal. Solicita que se respete su identidad tal cual se configura en la realidad sin que tenga que elegir (desplazar de la función paterna) entre sus padres. Señala que los quiere a los dos en los papeles. Finalmente solicita mantener su nombre tal cual figura en el acta de nacimiento.

*Los informes de la DINAyF: dan cuenta de la realidad socioafectiva de la niña. La composición de un modelo familiar diferente a lo tradicional. Todos los miembros de ese grupo familiar (ambos padres, madre, abuelos y abuelas, hermanas/o de la niña) conocen el origen biológico y legal de J. La niña y los demás miembros de la familia tienen no solo las necesidades básicas satisfechas, sino resguardados sus derechos fundamentales: a la vida familiar **(8)** en el contexto socioafectivo reinante (cuidados parentales compartidos entre dos padres, comunicación con la madre, vínculos fraternos garantizados, educación y salud).

Opinión del Agente Fiscal: aconseja que el caso se resuelva en perspectiva de los derechos de la niña. Que frente al derecho fundamental de identidad de la niña y los pedidos expresados por ella, los plazos de caducidad más la inconstitucionalidad planteados por J. O. S., no amerita tratamiento alguno. Considera que no existe conflicto en torno a la identidad de la niña, toda vez que ella conoce los roles de cada padre y su procedencia biológica. Aconseja respetar la identidad dinámica de la niña y su derecho a mantener la conformación familiar tal cual se refleja en la realidad. Finalmente entiende que el pedido de la niña debe ser admitido.

II. Un caso. Una historia

El caso y la historia del caso:

Esta sentencia es para J. S., y sus dos papás: R. L. y J. S. A partir de ahora, voy a nombrarlos por el primer nombre a cada uno de ellos.

(7) Convención de los Derechos del Niño (artículo 12), Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8: Debido proceso legal), Constitución Nacional (artículo 18 y 75 inciso 22), Ley 26.061 (artículo 26: Garantías mínimas procesales), Ley provincial 8293 (artículo 25).

(8) Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17), Convención de los Derechos del Niño (artículos 3, 6, 7, 8 y ccds.), Constitución Nacional (artículo 14 bis), Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) del año 2013 "El derecho a vivir en familia".

Thomson Reuters

J. tiene una historia interesante. Ella es una niña de 9 años y vive en Amaicha del Valle, Tucumán. Concurre a la escuela N° 10 de Amaicha. Pasó a cuarto (4°) grado. Le gusta la matemáticas y quiere ser maestra cuando sea grande. Durante la semana vive con su papá J. (S.), su hermana N. (S.) de 11 años, y doña H. —hermana de J.—. Los fines de semana vive con su papá R. (L.) y su hermana H. (L.).

La mamá de J. se llama L. y vive en otro sitio. Allí —en la casa de su mamá— también tiene dos hermanos más pequeños. Ellos se llaman L. y N., ambos son muy chiquitos —nos cuenta J.—.

J. sabe que ella es hija biológica de R. Pero que, cuando nació fue reconocida por J. De todas maneras, ambos se compartan como auténticos papás de ella. Comparten todo. Ella reside tiempo en ambas casas, la del papito J. y la del papá R. Así los nombra ella. Su vida y la vida de los papás se organiza de esa manera (acta de audiencia de fecha 20/05/2019).

J. conoce perfectamente su origen. Vive conforme siente, es decir, que J. y R. son sus papás. Disfruta de su familia y de esa forma de vivir.

Actualmente J. y R. —ambos— se encargan del cuidado y la crianza compartida de J. A ello se suma, la misma tarea (cuidado y educación) que cada padre tiene de sus otras hijas.

J. comparte ambas familias y tiene vínculos no solo parentales sino fraternos fuertemente afianzados en el amor y el apego familiar (padres, madre, hermanas y hermano).

En definitiva, ella siente (pues así lo manifestó) que es hija de J. y R. De uno tiene el apellido y el afecto, y del otro reconoce que es su padre biológico e igual afecto. Vive con los dos. Comparte con ambas familias. Vivencia sus lazos de afecto con hermanas/o, tíos/as y abuelo/as cotidianamente. En la charla con J., ella nos explicó todo esto y de una forma tan simple como real.

Y en la misma charla, le preguntamos a J. si ella siente que tiene los dos papás, y nos dice que sí. Luego avanzamos sobre estos puntos, y le preguntamos si quiere tener a los dos papás en los papeles, como los tiene en la vida real, a lo que responde que sí.

Y eso —debo admitir que fue la pretensión más simple, pero más significativa y reveladora que tengo para resolver— me exhorta (y exhorta al Estado) a una reflexión profunda. A mirar lo esencial y no ser ciega ante la realidad de esta familia —al decir del Principito—.

A lo que jurídicamente podría traducirse en la necesaria humanización de la Justicia y el proceso **(9)**. El régimen civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmado los redactores del Código Civil y Comercial Común en los fundamentos del Anteproyecto **(10)**.

A partir de ahí, entonces me pregunto:

-¿Podría el Estado desoír la voz de J. y su consecuente petición de "no elegir entre sus padres" (J. y R.)?

-¿Acaso J. tiene algo o a alguien que elegir en este proceso?

-¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama?

-¿Podría el Estado —en el actual sistema normativo— legalizar o legitimar que J. tenga que posicionarse en alguna elección? (entre J. y R.)

-¿Puede el Estado "elegir" por ella entre sus padres?

-¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales?

---

(9) El Derecho, como todas las demás ciencias humanas ha experimentado desde las primeras décadas del siglo XX profundos cambios a partir de una nueva concepción del ser humano, este ha dejado de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí mismo, provocando el desapego a las doctrinas individualistas, patrimonialistas y formalistas que, por siglos, han inspirado y dominado la escena jurídica. http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-.

(10) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: Aspectos Valorativos: ... En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Thomson Reuters

-¿Existe algún orden público capaz de impedir la continuidad del ejercicio real y efectivo de la paternidad por parte de R. y J.?

-¿Podría resolverse la "cuestión del padre" **(11)** en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de J.? O bien ¿podría resolverse "la cuestión del padre" por el solo transcurso del tiempo —supuestamente por inacción—?

-¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer —en esta historia— cuál de los dos señores es el verdadero padre? ¿el legal o el biológico?

Todas las respuestas fueron en sentido negativo. Y en consecuencia no caben las elecciones. Pues lo esencial es otra cosa. Solo desde el amor y el apego se construye la parentalidad (paternidad y maternidad). Es una creación diaria. Pues es necesario contar con el deseo y la demanda de aquellos que pretenden un hijo/a **(12)**. En esta historia puede advertirse que —desde la primera infancia de J.— ambos padres articularon ese deseo.

Por su lado, la niña se nombra, se constituye e identifica como hija de ambos.

La familia de J. en la conformación que tiene (dos padres y una madre), debe ser no solo reconocida como una realidad preexistente sino que debe ser protegida y legitimada ante la sociedad y ante la ley **(13) (14)**.

Dicho eso, ahora me dirijo a J. para decirte: "J. tenés razón cuando decís que no querés 'legir entre tus dos papás'". Tenés derecho a conservar a los dos, al papá R. y al papito J. También tenés razón al no permitir a los grandes —y admiro tanta valentía— que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre J. y R. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo, eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir, que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a R. además de J. y L. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son: cuidarte, acompañarte en la vida, y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones reciprocas cuando vos salgas de viaje fuera del país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos de comunicación con vos, cuidados personales, y esas cosas, ¿sabes?...). Esto es una explicación sencilla, pero, todo está descripto en la ley y te la voy a detallar más abajo para que la leas si querés, para cuando quieras y necesites hacerlo **(15)**. Eso ya queda en vos.

Para poder hacer todo eso que te digo más arriba, es que necesariamente debo precisar algunas cosas, y a partir de ahí explicaré cómo voy a proteger tus derechos y el de tus papás: R. y J.

Veamos:

-El origen biológico de J. no fue controvertido. (R. afirma ser padre biológico. J. no lo niega, solo aduce el vencimiento del plazo legal para la acción intentada).

-La niña conoce su procedencia biológica (es hija de R.).

-La familia nuclear (padres/niñas/hermanas y madre) y la familia ampliada (tíos y abuelos) funcionan en base a los lazos afectivos, biológicos y legales. (Reconocen la coexistencia de ambas fuentes filiales en J.: biológica y socioafectiva).

---

(11) Término acuñado por Marta Jerez Ambertín en "Avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006, p. 6.

(12) Gerez Ambertín, Marta op. cit.

(13) La actual legislación civil y comercial propone cambios trascendentales no solo de redacción sino de adaptación de los tratamientos, de modificación y propuesta de nuevas figuras, de dialogo de fuentes internas con las internacionales de Derechos Humanos (Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2015)

(14) Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 74/133, del 18/12/2019) por la que reconoce que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños, de manera que redunde en el interés superior de estos, y que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Igualmente insta a todos los Estados partes a que intensifiquen sus esfuerzos para cumplir las obligaciones que les impone la Convención sobre los Derechos del Niño de preservar la identidad del niño, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como reconoce la ley, de proteger a los niños en cuestiones relativas al registro de nacimientos, las relaciones familiares.

(15) Código Civil y Comercial Común, Libro II, Titulo IV, Título V, Titulo VII; Libro V. y toda legislación concordante con la filiación biológica. Derechos alimentarios, de comunicación, sucesorios, patrimoniales, etc.

Thomson Reuters

-R. pretende ser emplazado legalmente como padre.

-J. intenta no ser desplazado como padre.

-J. pide que se reconozca el derecho a conservar a sus dos papás.

-Básicamente (J., J. y R.) coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Ser padres de J.

Y J. ser hija de ambos.

Así las cosas, y tal cual funciona en la realidad, entiendo que J. tiene razón en negarse a optar entre ellos. Porque en las condiciones que surgen del expediente, ambos cumplen con la función de padre. Ambos ejercen plenamente las funciones parentales. Ambos le dan amor y se encargan de su cuidado. Con ambos vive y comparte. Tanto J. como R. se desempeñan como sus auténticos papás.

Esa es la historia de este caso. Esa es la realidad. Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes (legislador), y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener "un nombre para este tipo de familia" **(16)** no significa que no exista. Lo que ocurre es que yo [en la investidura del Estado] tampoco puedo ignorarla al momento de resolver. Es más, debo "nominarla". Debo ponerle nombre a "eso diferente", pues el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad **(17)**. Es otro tipo de familia que merece trato igualitario ante la ley **(18)**. Debo reconocer y proteger la multiculturalidad que en este caso se esboza.

Avancemos: en cuanto a la denominación de este tipo de familia. Algunos estudiosos **(19)** del derecho le llaman multiparentalidad o pluriparentalidad. Lo que significa que una persona puede tener más de dos progenitores (sean padres o madres). No voy a entrar en una disquisición en el orden lingüístico. Solo pretendo nombrar a este "otro tipo de familia", y entonces voy a llamarla la familia pluriparental **(20)**, simplemente en alusión a la diversidad de progenitores (no hay solo 2, hay más).

En ese sentido considero, que es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de J. a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista). Tal cual ella la describe y la experimenta. Ese es su autoproyecto de vida **(21)**. Entrometerme en eso —su vida— e impedir a cualquiera de los papás de J. que sigan funcionando como tal (como su auténtico papá) sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal.

Tal como lo adelantara voy a reconocer el derecho de J., de J. y de R., a que todos encuentren sus nombres inscriptos en el acta de nacimiento de la niña. Voy a ordenar que se registre (se agregue) a R. L. como padre de J. S., conservando desde ya la inscripción de J. S. también como padre de la niña. A la par, voy a mantener la inscripción de L. C. como su madre —por supuesto—. A su vez, la niña continuará con el apellido S., pues así se nombra, se reconoce y desea seguir llamándose (así lo expresó al momento de nuestra char-

(16) En el Código Civil y Comercial Común se reconoce la familia constituida tradicionalmente (conformada a partir del vínculo matrimonial o de pareja), ensamblada, uniparental.

(17) Ballarin Silvia, "El derecho las familias como derecho del otro en condiciones de vulnerabilidad", Revista de Derechos Familia y de las Personas N° 11, Diciembre 2019, Thomson Reuter, p. 13.

(18) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial Común. Aspecto Valorativo: ... Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

(19) De La Torre, Natalia - Silva, Sabrina A. "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología. Publicado en: RDF: 2017-VI, 13/12/2017, 310. Cita Online: AR/DOC/4218/2017

(20) Pluriparentalidad fue el término que adoptó aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la Comisión N° 6 Familia: "Identidad y filiación". Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC, que es la voluntad procreacional.

(21) Constitución de la República Argentina, articulo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Thomson Reuters

la/audiencia y luego en la presentación por escrito). Esto es lo que se conoce como el derecho a la identidad en su faz dinámica y el impacto de la apertura al afecto como valor jurídico **(22)**.

En definitiva es respetar y legalizar la opción de vida de esa familia. Quiere decir además, que ambos (J. y R.) serán legalmente los padres de J., y que uno y otro tienen la misma responsabilidad y derechos frente a la ley **(23)**. Quiere decir que J. no tiene que elegir entre ellos.

A esto lo voy a explicar y fundar desde el plano jurídico. Esto se llama argumentación. Ahí voy a explicar con más detalles jurídicos y no-jurídicos, qué cosas hago valer para proteger los derechos de J., J. y R. Quizás para J. hoy —al momento de escribir esta sentencia— sea un poco más difícil comprender la totalidad de lo que escribo, pero no descarto que cuando crezca —tal vez— mantenga interés en releer este papel (sentencia) y entienda cada vez más el alcance de estas líneas (integridad del fallo) y las leyes que invoco para resguardar sus derechos en este momento.

A los Señores J. S. y R. L., les adelanto que intentaré exponer de la forma más clara posible los fundamentos de mi decisión, explicando la legislación y los conceptos, que considero aplicable para la resolución de este caso. Pero, si aun así, quedara algún término sombrío o incomprensible, será tarea de los profesionales que los acompañan (Dra. Ingrid Lausberg, Dr. Diego Valls y Dr. Roberto Charcas) agraciarlos con más explicaciones.

Y, para el caso que no estuvieran de acuerdo con la decisión que tomo, pues tienen otras vías para fundar tales circunstancias y pedir la revisión.

Fundamentos de la decisión judicial:

A- Argumentos jurídicos y aspectos axiológicos **(24)**

Avanzo en esta argumentación, haciendo conocer que resulta un espinoso —pero interesante— ejercicio tener que evidencia y justificar ante esta familia en particular y ante la sociedad en general, que los derechos que reclaman J., R. y J. (ser padres e hija) constituyen garantías esenciales. Incluso, que tales derechos fueron reconocidos mucho tiempo atrás por los Tratados Internacionales **(25)**.

En estos casos, el Estado (mi función en el Poder Judicial) está obligado a desarrollar una tarea de interpretación holística de las normas que conforman el Sistema Reglamentario Nacional. Esto quiere decir, que debo tomar la actual legislación familiar e interpretar sus mandatos a la luz de las pautas que indican los textos internacionales (Tratados Internacionales en los que Argentina es parte). El Derecho Constitucional-Convencional de familia es el resultado del cruce entre Derecho Humanos y Derecho de Familia y el escenario obligado sobre el cual se debe realizar cualquier análisis jurídico **(26)**.

De la misma manera tengo que reconocer que, además de la riqueza normativa con la que contamos, también es cierto que J. y sus papás lograron —con este caso y su historia— quitar aquellas creencias culturales y sociales por las que se entendía que las familias biológicas tienen una sola forma de instituirse,

(22) La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo el intersubjetivo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo. El paradigma Constitucional-Convencional nos impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria. El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico al amor, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son. (Daniela A. López y Sabrina A. Silva, "Comisión N° 14 Identidad y Filiación", Jornadas Derecho Civil 2015, Bahía Blanca. https://jndcbahiablanca2015.com)

(23) Deberes de alimentos y cuidados personales. Derechos de comunicación. Derechos hereditarios. Y todos los que la legislación nacional y supranacional conceda como consecuencia de la filiación biológica.

(24) Definición de la Real Academia Española (RAE): El aspecto axiológico o la dimensión axiológica de un determinado asunto implica la noción de elección del ser humano por los valores morales, éticos, estéticos y espirituales.

(25) Cód. Civ. y Com. de la Nación, artículos 1, 2 y 3. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. Convención Americana de los Derechos del Hombre y Convención de los Derechos del Niño.

(26) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: "...Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes...La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción. De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte

Thomson Reuters

es decir, en el siguiente binomio: 1 madre + 1 padre= 2 progenitores.

Notoriamente, ellos (J. y sus papás) nos demostraron que existe más de un modelo familiar. Y el suyo es otro. Distinto. Propio. Genuino. Válido entre sí, para el resto de los miembros de la familia, y para la comunidad en general.

Y esa es la razón por la que la ley debe protegerlos, concediéndole los mismos derechos que a los otros modelos familiares.

Como dije anteriormente, la argumentación de esta sentencia y la realidad sobre la que se apoya, es un ejercicio jurídico que tiene su anclaje en las fuentes de derecho y la interpretación de la ley según los estándares de los Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial Común —en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación—) **(27)**.

En este aspecto y para ahondar en los fundamentos de mi decisión, me permito seguir los pensamientos del filósofo Confucio **(28)**, quien enseñaba: "saber que es lo justo y no hacerlo, es la peor de las cobardías". Lo justo es que J. no elija entre sus padres, pues su subjetividad e identidad como hija se construye a partir de la presencia de ambos —J. y R.—. Cobarde sería escudar una solución jurídica en normas rígidas y carentes de valoraciones humanitarias.

La interpelación legal de J. al Estado por y para el reconocimiento de sus derechos civiles y sociales (derechos humanos fundamentales) es no solo justa sino legítima y merecen amparo legal.

Igualmente adhiero a lo que nos enseña el jurista Gil Domínguez cuando expresa que una compleja combinación de elementos jurídicos y no jurídicos, permitirá comprender el derecho como un fenómeno público, social e histórico advirtiendo que la interpretación es una operación de naturaleza social que adquiere sentido y legitimación en el contexto de una cultura. La estructura abierta del lenguaje Constitucional Convencional posibilita construir una subjetividad, a partir de la escucha del deseo de las personas, y nos conduce necesariamente a una sociedad plural y tolerante; donde el pensamiento monocromático —como una suerte de expulsión a los que portan una construcción biográfica distinta— no tiene cabida **(29)**.

Es decir, que a esta historia y el fenómeno jurídico que nos revela, lo tomo desde la perspectiva de sus tres elementos esenciales: conducta, norma y valor (Teoría Trialista del Mundo Jurídico) **(30)**. Sin pretender dar inicio al campo de la Filosofía del Derecho, solo he de señalar —para que los destinatarios de esta sentencia comprendan mejor, y además fue un compromiso asumido para con ellos —que para el Derecho las conductas son comportamientos humanos; las normas (las leyes) son descripciones de las conductas; y el valor se refiere a la justicia— que como valor que es— nos permite apreciar (valorar) las conductas y las normas.

En este caso, esta teoría se refleja en el siguiente modo:

-Las conductas: de J. y R. en la función paterna y la conducta de J. como hija de ambos.

-Las normas: J. es el padre reconociente de J. pues figura en el acta de nacimiento. La niña lleva su apellido y se identifica como tal. R. es el padre biológico de J., cumple la función paterna en los hechos. La niña conoce su origen y tiene vínculos afectivos y convive con ambos. (Artículos: 80, 240, 243, 246, 248, 258, 269 y concordantes del Código Civil Argentino [derogado];

-La valoración: ¿qué sería "lo justo" en el caso que tengo a resolver?

Ahora sí, me introduzco directamente en lo que me interesa describir, principalmente para que J., R. y J. sepan cuáles son las normas jurídicas y los aspectos no jurídicos que he tenido en cuenta para llegar a mi decisión final. Qué elementos y condiciones juzgo (valoro) como legal y razonable en sus pedidos.

Me explayo:

B. La obligación del Estado y los derechos esenciales a proteger:

---

(27) Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo 1 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Fundamentos del Proyecto del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

(28) Reconocido pensador chico. Vivió en el 551 A.C. Su filosofía recibe el nombre de confucianismo.

(29) Gil Domínguez, Andrés, Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, Bs As, Ediar, p. 17 y ss.

(30) Goldschmidt, Werner "La teoría Trialista del mundo jurídico", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.

Thomson Reuters

-Para J.: la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. El derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la dignidad. Su interés superior. El derecho a participar en el proceso, a peticionar al Estado y exigir "no elegir entre sus padres". Su opinión como razón central de esta decisión. El derecho al mismo trato ante la ley.

-Para J. y sus padres: la protección de esa familia. El reconocimiento del amor como elemento constitutivo de la función paterna de ambos. La relevancia de la filiación socioafectiva.

-Para este caso (historia de vida) en particular: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial Común y el reconocimiento de la pluriparentalidad como un derecho constituyente de la dignidad personal (de cada uno de ellos) y la identidad familiar (para este grupo).

A continuación, paso a desarrollar cada uno de esos derechos, a señalar dónde se encuentran ubicados, y lo que cada de ello y todos conjuntamente implican.

B.1 - El interés superior de J., la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. (Todos esos derechos están enunciado en: la Convención sobre los Derechos Humanos **(31)**: artículos 1, 2, 3, 8, 11, 17, 18, 24, 25 y concs.; la Convención de los Derechos del Niño **(32)**: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18 y concs.; la Constitución Nacional **(33)** artículos 14 bis, 16, 28, 75 inc. 22 y concs.; el Cód. Civ. y Com. de la Nación **(34)**, artículos 1, 2 y 3)

-¿Qué se entiende por el superior interés de J.? La confluencia con otros derechos esenciales.

La jurisprudencia nacional **(35)** ha concebido al interés superior del niño como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto (...). Una definición aproximativa caracteriza al interés del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un niño dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del niño excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (del voto del Dr. Pettigiani).

En esa línea de pensamiento —del mismo modo— importantes maestros del derecho, han dicho que el concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida" **(36)**.

La ley 26.061 dice, al respecto, en su art. 3: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a- Su condición de sujeto de derecho; b- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f- Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Habiendo esbozado el concepto, considero que en el caso concreto de J., su mejor interés se sintetiza en: a) reconocer y garantizar su derecho a mantener los dos padres que en la vida personal (íntima y familiar) tiene y disfruta; b) reconocer que es un derecho de J. "filiarse **(37)**" como hija de J. por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de R. por el vínculo biológico y afectivo que también los ensambla; c) pro-

(31) En adelante CADH.

(32) En adelante CDN.

(33) En adelante CN.

(34) En adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(35) Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa C. 99.273, "F., M. B. contra R., L. Venia supletoria", fecha 21/05/2008.

(36) Kuyundjian de Williams, Patricia, "El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas", RDF 2004-I-135; íd., Grosman, Cecilia, Los derechos del niño en la familia, Universidad, Bs. As., 1998, ps. 23 y ss.

(37) Real Academia Española: 1. tr. Tomar los datos personales de alguien; 2. prnl. Inscribirse o hacerse inscribir en el asiento militar; 3. prnl. afiliarse.

Thomson Reuters

teger la familia de J. en la forma que está conformada y los vínculos jurídicos-biológico-afectivos que los ubica en esa (su) relación paterno/filial; d) abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada so pretexto de aplicar normas internas en vigencia que impliquen transgredir el máximo bienestar de la niña, y en consecuencia vulnere los estándares convencionales dominantes.

Todo aquello no es más que revalidar y consolidar en el marco de este proceso judicial el régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de J. Y tal como lo establece la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), reconocer que los derechos esenciales de la niña (identidad, protección de su nombre, protección de su familia y de los lazos parentales existentes) no nacen del hecho de ser nacional de nuestra República Argentina, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno.

B 1.1 La confluencia del superior interés de J. con otros derechos (un núcleo duro de Derechos Humanos)

Ese interés superior también se relaciona con los siguientes derechos (que son considerados como la estructura vertebral del sistema de Derechos Humanos): la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión de J. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. Explico.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5 reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción "es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y [...] cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte") ha sostenido en otras oportunidades que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal **(38)**.

En el caso de J., esa afectación de derechos estuvo materializada cuando se mostró intimidada al momento de la audiencia, porque le dijeron que "tenía que elegir entre sus padres". Claramente, advierto que —en ese contexto— pudo haber atravesado momentos de angustia y total incertidumbre no solo por la decisión a la que podría enfrentarse, sino de los resultados que tal decisión podría aparejar.

En este punto, es importante garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de J., cuando dice "no quiero elegir entre mis dos papás". Este derecho incluye —según el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos **(39)**— el no ser molestado a causa de las propias opiniones, lo que implica el derecho de investigar y recibir información, y el derecho de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión (el contenido del acta de audiencia de la página 73).

En el caso de J. —al momento de la audiencia— se habló de sus derechos y se amplió información. Estaba presente el Ministerio de Niñez y el profesional del Gabinete Psicológico de este Centro Judicial. Además, también concurrieron los profesionales de la Oficina de Acceso a la Justicia dependiente del Gobierno Nacional. En ese momento la niña expresa su más grande reclamo "no quiero elegir entre mis papás, los quiero a los dos" **(40)**. Luego inscribe formalmente esta pretensión por intermedio de su abogada, la Dra. Gabriela Gómez Peña (en la figura del abogado del niño).

De este modo, es deber del Estado —en mi función jurisdiccional— desempeñar un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos en general, y de los de protección judicial y debido proceso en particular (en este expediente principalmente para J.) **(41)**.

Es aquí, donde cabe la garantía de la libertad de expresión de J. y corresponde que se garantice el "derecho a no elegir entre sus papás", y que no sea importunada (molestada) por esa forma de sentir y de vivir. Reconociendo que la niña, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno

(38) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Masacre de Santo Domingo c. Colombia". Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012

(39) Párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1976. Artículo 13 de la CADH.

(40) Derecho de la niña a expresar libremente su opinión en los procesos que la afecten (art. 12 CDN y articulo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), derecho a la preservación de las relaciones familiares y la identidad personal (art. 3, 6, 7 y 8 de la CDN), derecho a la integridad personal (art. 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

(41) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Thomson Reuters

de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión **(42)**.

Esto se enlaza directamente con el "derecho a la identidad de J., a su personalidad jurídica y a su dignidad".

Lo explico:

Entendemos que la identidad y la identificación (individual y familiar) está compuesta por aquellos elementos (nombre, nacionalidad, sexo, género, datos genéticos, etc.) que permite diferenciar a las personas humanas. Es un derecho fundamental y es un atributo de la personalidad **(43)**; en tanto que, según su autoproyecto de vida, el ser humano puede construir y fijar su identidad personal, puede exigir el reconocimiento de su individualidad y ser tratado como distinto y distinguible.

Esto comprende y se relaciona directamente con la identificación y el reconocimiento afectivo que tiene J. con ambos padres. Con ellos la une el afecto, además del lazo legal con uno y el lazo biológico con el otro. Concretamente en esta historia, J. vive y disfruta de dos padres: J. y R., más la mamá L. Esa y no otra, es su realidad, su identidad familiar y la construcción de su vida cotidiana. Situación que tanto la sociedad como el Estado deben respetar y abstenerse de cualquier intromisión en su proyecto de vida personal y familiar (CDN, Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...).

Al respecto la Corte Interamericana recuerda —en la Opinión Consultiva 24/2017— que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad. Es así como ese Tribunal ha señalado en otras oportunidades que ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos **(44)**. Por añadidura, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.

En relación con lo anterior, la Convención Americana contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas —ha sostenido la Corte— se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública **(45)**.

Por otra parte, la misma la Corte ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona **(46)**.

Aplicado todo aquello en el caso J.: considero que el reconocimiento de la dignidad (de su dignidad y personalidad) lo constituye la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme

(42) Pacto Internacional de Derechos Humanos: Preámbulo, artículos 1, 2, 10 y concs.

(43) Art. 11 y 18 de la Convención de Derechos Humanos, art. 7 y 8 de la CDN.

(44) OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12, y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123.

(45) Caso I.V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149; Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.

(46) Caso I.V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152; Caso Fernández Ortega y otros c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, párr. 143.

Thomson Reuters

a sus propias opciones y convicciones. Es decir, al proceso subjetivo de constitución individual (se reconoce y se ubica como hija de R. y de J.).

En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos **(47)**.

Es decir, el Estado no puede limitar la opción de J. de asumir y disfrutar de dos padres, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad **(48)**.

B 1.2 - La voz de J. en el proceso. Garantías mínimas judiciales: derecho a participar en el proceso, ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta (CADH, artículos 8, 25 y concs., CDN art. 12, CN artículo 18, 75 inciso 22, Cód. Civ. y Com. de la Nación artículo 706 y concs.)

Como es sabido, los textos internacionales conceden garantías judiciales a los niños **(49)**. Específicamente el art. 12 de la CDN **(50)** les reconoce el derecho a participar y expresar libremente su opinión.

Vengo haciendo hincapié en lo que dijera J. al momento de nuestro encuentro (audiencia del artículo 12 CDN y luego cuando lo expone por escrito en las páginas 87 a 89). Su pedido de "no elegir entre sus padres" fue no solo preciso, sino también acorde a su desarrollo en todas sus facetas personales —nivel educativo, cognitivo, emotivo, psicológico y social— (principio de la autonomía progresiva **(51)**). En este aspecto considero que ese sentimiento, esa idea que ella señala, decididamente es la que cuenta en este proceso y es el eje rector de esta decisión **(52)**. El solo hecho que J. tenga 9 años, no me permite rechazar o desatender su sentir (opinión + emociones) **(53)**.

Es así que, "No elegir entre dos padres", lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe. Y como derivación directa de ello, me obliga a evitar que por reconocer a un padre mejor derecho que a otro, conlleve una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes. Y en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

Ese derecho a no elegir entre sus dos padres es un derecho autónomo de J. ejercitado por ella misma. Es el derecho a crecer y desarrollarse en condiciones de

(47) Opinión Consultiva 24/2017, p. 45.

(48) CADH, articulo 11.2: "Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Artículo 18: "Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"

(49) La Comisión de los Derechos del Niño, utiliza la palabra "niño" para referirse indistintamente a todas las niñas, niños y adolescentes, entendiendo por estos a todas las personas menores de 18 años cumplidos, conforme el concepto utilizado por la CDN y el corpus iuris internacional en la materia

(50) CDN Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

(51) CDN: Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

(52) El deber de protección hacia la niñez con carácter especial, adaptado y reforzado, reconocido en los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y en la CDN, se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas personales —a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social—, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. CIDH, "Hacia la garantía efectiva de los derechos de los NNyA", informe 2017, op. cit.

(53) conf. Burrows, David, A child's understanding, Law Family, 1994, vol. 24, p. 579, cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 167.

Thomson Reuters

igualdad, a expandir sus potencialidades y contribuir al desarrollo en sociedad.

Para cerrar este apartado voy a recordar que en casos como este (la historia de J. y sus dos papás), los niños son la centralidad **(54)**. Esa centralidad implica tres cosas: a) reconocer a la niña (J.) titular de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA; b) reconocer su capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente en función de su edad y madurez; c) reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opinión sean tomada en consideración en la petición que hacen sus padres como en la decisión que me corresponde tomar, y que decididamente la afectará.

B 1.3 - La protección de la familia y de la vida familiar (CADH artículo 1,2,17; CDN artículos 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 16; CN artículo 14 bis y 16)

La familia y el escenario social. La deconstrucción de un único concepto de familia.

Se afirma **(55)** que en la sociedad occidental estamos siendo testigos, desde hace décadas, de cambios y transformaciones económicas estructurales, en el modelo de producción y reproducción, ideología y valores desde la revolución industrial que han supuesto e incidido necesariamente en alteraciones en la organización familiar, en la movilidad social y en la protección de derechos individuales. Todo ello sin duda, ha condicionado y afectado al concepto de familia y a su funcionamiento. Continúan diciendo, que este nuevo panorama nos muestra un caleidoscopio de situaciones diferentes donde conviven elementos de estructuras anteriores con otros nuevos y donde encontramos:

-Parejas separadas, familias reconstituidas, familias monoparentales, familias de parejas homosexuales, familias de parejas abiertas o poliamorosas.

-Tendencia a la idealización y mistificación en la forma de vivir la maternidad/paternidad, rechazo de la misma, así como a la no diferenciación de funciones parentales.

-Acceso a la maternidad/paternidad desde técnicas novedosas de concepción y reproducción asistida.

-Multiplicidad de modelos de crianza que conviven unidos o de forma simultánea.

-Mayor libertad para elegir maneras de organizarse en la familia y modelos educativos diferentes.

-Parejas y personas solteras que se plantean como opción elegida no ser padres/madres.

-Etcétera.

Concluyen **(56)** refiriendo que la institución familiar es una construcción social, sujeta a necesarias variaciones conforme a una diversidad cultural en continua evolución y transformación. Por tanto, esta construcción social se encuentra sujeta a modas, ideologías imperantes que son cambiantes según modelos, criterios y pautas de conducta, pudiendo interferir e incidiendo de forma variable, en las diversas formas de vivir las maternidades/paternidades, evolucionando a veces, en un vaivén de movimientos pendulares, concibiendo escenarios y situaciones vitales diferentes con respecto a generaciones anteriores.

No obstante (desde cualquier ciencia) partimos de la idea común de que la familia, dentro de cualquier modalidad y para cualquier individuo que nace, es lugar de pertenencia y de sostenimiento.

En el Sistema Interamericano de Derechos, la familia encuentra protección especial en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre **(57)**, el artículo 17 de la CADH **(58)**; artículo 8 de la CDN **(59)**, Opinión Consultiva N° 17/02 y 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de tales normas internacionales, la Corte ha sentado el criterio que el concepto de familia es amplio, obligando a los Estados a no distinguir entre los modelos familiares a la hora de proteger este seno social.

Ejemplo de ello fueron los siguientes pronunciamientos:

(54) Hacia la garantía de los derechos niños, niñas y adolescentes", Informe de CIDH, Noviembre 2017.

(55) Grupo de Perinatilidad SEPYPNA https://www.sepypna.com/documentos/

(56) Grupo de Perinatilidad, op.cit.

(57) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16: 1...,2..., 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

(58) CADH: Artículo 17. Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2..., 3...,4...5.

(59) CDN: Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2....

Thomson Reuters

"Además, este Tribunal ha señalado que 'el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño [...] **(60)**."

"La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio **(61)**."

"La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, ha afirmado que implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, así como también que los Estados tienen obligaciones positivas a favor del respeto efectivo de la vida familiar. El Tribunal también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia **(62)**."

"Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los 'lazos familiares' pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término 'progenitores' de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que 'el término 'familia' debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local' [hay nota], de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable 'a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha **(63)**."

Ciertamente la familia nuclear de J. no responde al "modelo tradicional", es decir, 1 madre + 1 un padre = 2 progenitores (tipo binario de la familia biológica o por naturaleza).

Por el contrario, en el caso de J., ambos padres defienden el deseo de ser "reconocidos legalmente como tal" y en la vida de su hija. Todo acredita que ambos padres, se encargan del cuidado personal y afectivo de su hija. En ese escenario natural es en el que se desarrolla y se satisfacen las necesidades emocionales de la niña. En ese espacio familiar están dadas las condiciones apropiadas para que ella alcance un nivel de vida óptimo, y desarrolle su pleno potencial **(64)**.

Bajo estas condiciones, la protección de esta familia es un elemento destacado en la protección de los derechos del niño (de J.), pues constituye el derecho "a su familia", a contar con ambos padres en sus registros de identidad y a ser cuidada por ellos **(65)**.

(60) CorteIDH. Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

(61) CorteIDH. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

(62) CorteIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) c. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014.

(63) Corte Interamericana de Derechos, Opinión Consultiva N° 21/14.

(64) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes..., opt. cit., p. 153

(65) Artículo 8 de la CDN.

Thomson Reuters

No tiene por qué ni por quién elegir.

Por el contrario, es mi deber como Estado promover y propiciar un apoyo adecuado a estas personas que conforman esa familia **(66)** para que puedan cumplir con sus responsabilidades parentales en el cuidado y la crianza de su hija, y a su vez a la hija para que pueda crecer en ese núcleo natural y originario, para que de ese modo quede garantizada la protección de sus derechos **(67)**.

B 1.4 - La pluriparentalidad: el elemento constituyente de la identidad familiar y dignidad personal. El deseo y el afecto de los padres como los componentes estructurantes de la función paterna. La biología y el amor como causa fundante de la vinculación parental (paternidad). (CADH artículos 1,2, 17,19 y concs.; CDN artículos 1, 2, 4, 8, 16 y concs.; CN artículos 28, 31, 75 inc. 22).

La noción de parentalidad, si bien surgida en el campo de la clínica psicoanalítica, ha sido trabajada desde diversas disciplinas, obteniendo un lugar en el campo educativo y en el jurídico, hasta volverse un término del lenguaje cotidiano asociado a diferentes sentidos **(68)**.

La sociología del derecho ha propuesto tres maneras de identificar la parentalidad; "Refiere un componente biológico (que alude al genitor/a), un componente doméstico (con el que identifica a la persona que educa en el día a día al infantil sujeto) y un componente genealógico cuando el título con el cual se inscribe cada descendiente en un sistema simbólico de parentesco es designado por el derecho. Repartidos o coincidiendo estos componentes en la/s misma/s persona/s, hoy se corresponden con realidades que son nominadas como monoparentalidad, coparentalidad o pluriparentidad según las presentaciones o recomposiciones que las realidades familiares adquieren en su devenir" **(69)**.

Se afirma que la parentalidad se trata de construcciones, transformaciones y permanencias a través de las cuales se deviene padre o madre desde el punto de vista psíquico **(70)**. Igualmente se afirma que estas funciones no se corresponden con el sexo biológico (madre/padre) ni implica ubicarlas en dos personas, cada función por separado. Estas pueden ser alternadas, compartidas o fijas entre las personas a cargo de la crianza. De esta manera la categoría permite ir más allá de la dicotomía ancestral que circula en la distribución de las funciones de acuerdo al sexo biológico **(71)**.

Parentalidad y filiación se implican mutuamente. Ambas nociones se asientan sobre la base de reconocimiento recíproco. Sin embargo, considerando los vínculos paterfilial en su devenir se puede decir que, partiendo de niveles arcaicos de relación, va dando lugar a una discriminación y al reconocimiento tanto de lo común como de lo diferente de cada uno de los términos **(72)**.

Concluyo que todo aquello que explican las ciencias es lo que ocurre concretamente en el caso de J., R. y J. Ya que entre ellos existe un verdadero compromiso en el ejercicio de la paternidad. Ambos cumplen con el "ahijamiento" de la niña. Esa es una realidad que atraviesa la paternidad más allá de cuál sea el origen biológico de J.

A su vez, la niña no solo conoce su origen, sino que logra identificarse con ese entorno. Ella también se instala en el lugar de hija (proceso de subjetivación).

Entiendo que J. como R. legaron su genealogía afectiva y biológica a su hija. Ambos alojaron a esa hija (filiación afectiva, legal y biológica). Uno y otro asumen su crianza y promueven un espacio de calidez y apoyo a su desarrollo personal (expresión del deseo de constituirse como padres).

Podríamos preguntarnos ¿Cuál es el padre para esta niña? el biológico que engendra a la niña, el legal que dona su apellido o ambos que la reconocen como su propia hija y a quienes ella "demanda" como padres.

Hace tiempo Herrera resaltó la necesidad de repensar de manera crítica el principio binario a la luz de la filiación biológica **(73)**, a lo que yo agregaría —en este caso en particular— la posibilidad de repensar el mis-

(66) Artículo 17 de la Convención Americana delos Derechos Humanos.

(67) CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia, cuidados alternativos, octubre 2013.

(68) Paolicchi, Graciela; Bozzalla, Lucía; Sorgen, Eugenia; Bosoer, Eliana; Nuñez, Ana; Maffezzoli, Mabel; Botana, Hilda; Pereyra Bentivoglio, Cecilia; Metz, Miriam, "Parentalidad y constitución subjetiva", Investigaciones en psicología, Facultad de Psicologia-UBA, 2017, p. 59.

(69) Thery, I. -1998-.Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Éditions: Odile Jacob

(70) Houzel, D. -1999-. Les enjeux de la parentalité. Toulouse: Editions Éres, citado por Paolicchi Graciela, y otras en "Parentalidad y constitución subjetiva".

(71) Rotenberg, E. -2014-. Parentalidades. Interdependencias transformadoras entre padres e hijos. Buenos Aires, Lugar Editorial.

(72) Paolicchi, Graciela, opt. cit., p. 60.

(73) Herrera Marisa, De la Torre Natalia, Fernández Silvia "Derecho Filial. Perspectivas contemporáneas de

Thomson Reuters

mo principio a la luz de la filiación socioafectiva, por el hecho de afiliarse/ahijarse simplemente por amor.

En este caso singular, considero que las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre J., J. y R., no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de interfuncionamientos prolongados entre el niño y el adulto **(74)**.

Trayendo a este texto lo que reflexiona Gérez Ambertin en su artículo sobre "Los avatares del padre" **(75)**, cuando dice "¿qué de aquel cuyo lugar posibilita el soporte de filiación y genealogía en tanto encadena al sujeto a una historia que lo inscribe en la serie generacional?", me atrevo a pensar que en el caso de J., no cabe el binarismo exigido por la ley (artículo 558 Cód. Civ. y Com. de la Nación), y como efecto de eso, excluir a cualquiera de los padres en la inscripción de la hija, sería simplemente contrario a la justicia (en tanto valor), a la razón, y al derecho (Constitucional y Convencional).

Ambos son padres: J., el padre jurídico-no biológico, y R., el padre biológico-no jurídico.

J. siente que es hija de ambos (así lo expresó). Se ubica en ese lugar y se autopercibe como hija de ambos.

Sería inexacto pensar que la identidad biológica podría desplazar la identidad socioafectiva que el propio dinamismo de la vida a forjado en ese vínculo parental. Es una identidad dual con equivalente jerarquía legal y social.

B 1.5 - El derecho a la no discriminación: el derecho de J. a ser tratada de igual manera ante la ley y adecuar su historia a la legislación internacional (CADH artículos 1 y 2, CDN artículos 2 y 4; CN artículos 16, 19, 28, 33 y 75 inc. 22; Cód. Civ. y Com. de la Nación artículos 1, 2, 3)

El principio de igualdad y no-discriminación se considera como una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos y uno de los pilares de cualquier sistema democrático.

Tanto la Declaración como la Convención de los Derechos Humanos fueron inspiradas en el ideal "que todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos" **(76)** y la Convención de los Derechos del Niño considera este principio como uno de los 4 principios fundamentales sobre los que se asienta.

El artículo 2 de la CDN establece la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria; y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados **(77)**. Es decir, el sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades **(78)**.

La aplicación de estos principios en el caso de J. y sus papás, conlleva a que se conceda el mismo trato que a otros ciudadanos extranjeros y argentinos a los que se les reconoció el derecho a la "triple filiación".

Veamos:

En Brasil existen dos antecedentes, uno en el Supremo Tribunal de Brasil del año 2016 **(79)**, por el

las tres fuentes filiales", Thomson Reuther, LA LEY, Buenos Aires, 2018, p. 88.

(74) Eiguer, A. -2007-. Homoparentalidades, afiliación y vínculo filial. Rotenberg, E. & Agrest Wainer, B.(Comp). Homoparentalidades. Nuevas familias. Buenos Aires: Lugar editorial.

(75) Gerez Ambertin, Marta "Los avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006.

(76) Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Preámbulo. Los principios generales de no discriminación e igualdad están reconocidos en los artículos 1 y 24 dela CADH, y el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina.

(77) CIDH, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas c. Chile, párrafo 80.

(78) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, informe noviembre 2017.

(79) Supremo Tribunal de Brasil, autos A. N. c. F., 2016. Publicado en: RDF 2017-VI, 297, RDF 2017-VI-297; Cita Online: BR/JUR/1/2017.

Thomson Reuters

cual una niña fue reconocida por el esposo de su madre y cuidada por él como si fuese su hija biológica durante más de veinte años. El progenitor de la joven, comprobado su estatus de padre biológico, reclamó inscribirla como hija. El Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció los derechos de ambos padres. El otro antecedente brasilero es el de Porto Alegre en 2015 **(80)**, por el cual las integrantes de una pareja homosexual promovieron una acción declaratoria de multiparentalidad respecto de un menor de edad dado a luz por una de ellas y un amigo de la pareja. Es decir, solicitaron que el menor fuese registrado a nombre de las dos mujeres y el hombre. El pedido fue rechazado por mediar imposibilidad jurídica. Los peticionarios apelaron y la Cámara admite su recurso y ordena la inscripción solicitada.

En Argentina también existen otros ciudadanos que obtuvieron el reconocimiento a gozar de más de 2 vínculos filiales.

Uno de esos casos es el de A. (la identidad del niño se preserva) que fue el primer bebe en Argentina y en América Latina en contar con la triple filiación **(81)**, el otro de F. **(82)** a quien le fue reconocido el mismo derecho por medio de la justicia porteña.

También contamos con el antecedente de Mar del Plata del año 2017 **(83)**, por el cual una pareja del mismo sexo y la madre biológica de una menor interpusieron una demanda a fin que se le reconozca a la niña su triple filiación que había sido denegada por el Registro Provincial de las Personas. El juez hizo lugar a lo peticionado.

Lo que caracterizó los precedentes nacionales, es que la fuente de la filiación múltiple fue la volitiva (es decir el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida).

Sin perjuicio de ello, considero que el tratamiento ante la ley de estos ciudadanos (niños que cuentan con más de dos progenitores) debe ser a la luz del principio de igualdad y no discriminación, resultando prohibido al Estado diferenciar entre las fuentes de la filiación y el consecuente derecho a la "triple filiación" o "pluriparentalidad" que deriven de ellas.

En este caso, entiendo que tengo la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva para J. ante la coexistencia y preexistencia de más de dos vínculos parentales en la constitución natural y originaria de su familia **(84)**. Dichos lazos (biológico y socioafectivo) son inseparables e interactúan, influyendo uno con otro. La identidad de J. (en su doble aspecto estática y dinámica) se construye a partir de tales relaciones parentales, las cuales no pueden considerarse aisladamente.

Como corolario de lo dicho, J. tiene el mismo derecho que los otros niños/as (ciudadanos argentinos) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad **(85)** derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia.

C.- Nombre y filiación:

Tal como lo expresara J. tanto en el marco de la audiencia (mayo de 2019) como en su presentación formal (hoja 87/89), su decisión es mantener el nombre tal cual se encuentra inscripto en el acta de nacimiento.

---

(80) Tribunal: Cámara 8va de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre(CamApCivPortoAl egre)(Octava). Fecha: 12/02/2015. Partes: L. P. R.; R. C.; M. B. R. s/ acción civil declaratoria de multiparentalidad c.Publicado en: RDF 2015-VI, 14/12/2015, 207. Cita Online: BR/JUR/1/2015

(81) Fue registrado en Mar del Plata. Lleva los apellidos de sus dos madres, unidas en matrimonio igualitario, y el de su padre biológico. https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/

(82) La Justicia porteña reconoció la triple filiación de un nene de seis años. Se trata del primer caso en la Ciudad de Buenos Aires, y es el segundo del país. El niño, Furio Carri Dillon Ros, es el hijo de la periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros. http://www.laizquierdadiario.com/Se-reconocio-el-primer-fallo-de-triple-filiacion-en-Argentina.

(83) Juzgado de Familia N° 2 de Mar del Plata (JFamiliaMardelPlata)(Nro2). Fecha: 24/11/2017. Partes: C. M. F. y otros s/ materia a categorizar. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/103023/2017.

(84) El Estado está obligado a promover el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes provenientes de los grupos más excluidos y desfavorecidos, y aquellos en situación de vulnerabilidad o en desventaja en el ejercicio de sus derechos, tanto los civiles, políticos como los económicos sociales y culturales. OEA, indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1/GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011, párr. 44, véase también párrafo 63. Ver análisis relacionado a este tema asimismo en CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párr. 48, véase también párrs. 53 y 55.

(85) Término que solo utilizo para hacer referencia a lo contrario al binomio parental existente en la ley nacional (art. 558 CCYCN), sin que ello implique que tenga otras implicancias jurídicas o no-jurídicas.

Thomson Reuters

Tavip afirma que el nombre con el que las personas somos reconocidas tiene una serie de influjos psicológicos, sociológicos y jurídicos que nos marcan como seres humanos, como individuos y nos abarcan en nuestra integralidad **(86)**.

En el caso de J., ella se autopercibe con el apellido S., y el hecho que mediante esta sentencia pueda existir un cambio en su filiación (a partir de ahora es la pluriparentalidad o diversaparentalidad), ello no implica que necesariamente deba modificarse el nombre de la niña, ya sea por agregación de otro apellido o alternación de órdenes.

La pretensión de J. en mantener su nombre tal cual es (prenombre y apellido), debo respetarla y avalarla porque de esa forma se permite decir quién es, identificándose de esa forma de designación ante ella misma, frente al Estado y a los demás individuos con quienes interactúa en sociedad **(87)**.

La composición del nombre de la niña en la que se mantenga el apellido S. y no se agregue el apellido L., es otra vertiente de la identidad dinámica.

Mantener el apellido S. sin agregar un segundo apellido es reconocer otro derecho personalísimo de la niña: derecho al nombre, cuya contracara es la obligación del Estado no solo de protegerlo sino de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona tal cual se percibe (dignidad humana) **(88)**.

Sobre este aspecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que, si bien la Convención Europea no contiene ninguna referencia explícita sobre esta temática, el nombre y los apellidos hacen parte de la vida privada y familiar de todo ser humano puesto que constituyen un medio de identificación personal y un vínculo a una familia, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 8 de dicho instrumento. De la misma manera, ese Tribunal ha expresado que la vida privada abarca aspectos de la identidad personal y social de los seres humanos y que el hecho de que puedan existir intereses públicos en regular el uso de los nombres no es suficiente razón para eliminar la materia del alcance del derecho a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 de la Convención **(89)**.

En consecuencia, entiendo que la pretensión de J. debe ser admitida y su nombre será conservado tal cual está inscripto en el acta de nacimiento, sin agregación de otro apellido, pues solo con uno (S.) es la forma que la niña se determina y que le da sentido a su existencia, así como a la realización más pura de su derecho a la identidad y a su mejor interés **(90)**.

D.- Declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación:

El artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la fuente de la filiación.

Sin embargo, luego del recorrido que vengo haciendo en el análisis de los derechos fundamentales en juego tanto de J. como el de sus padres, todo los cuales provienen del Sistema Internacional de Derechos Humanos y de la regla de reconocimiento convencional (art. 28 CN), entiendo que la disposición contenida en el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación) constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia, y específicamente al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN).

Insisto, en este caso particular, tanto J. como sus progenitores (J., R. —y L.—) tienen el derecho de disfrutar no solo de la compañía mutua entre padres e hija, sino del reconocimiento de esa identidad familiar como una identidad diferente al modelo binario tradicional, pues es un elemento cardinal de la vida familiar de J., y la norma interna que obstaculiza dicho disfrute y derecho alcanza una injerencia ilícita en los términos de la CADH y CDN.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) ha sostenido que, en virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos o vayan en detrimento de los avances "progresivos" que se han ido realizando en el país en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en este caso

(86) Tavip, Gabriel E. La autopercepción como determinante del nombre de las personas y su proyección en los NNA, Publicado en RDF: 87, 59. Cita Online: AR/DOC/3549/2018.

(87) Tavip, G. E. op. cit.

(88) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17.

(89) TEDH Sentencias Stjerna c. Finlandia, párr. 37, y Guillot c. Francia, No. 22500/93, Sentencia de 24 de octubre de 1993, párrs. 21 y 22.

(90) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 3 y 18), CDN (art. 3, 7 y concs.).

Thomson Reuters

de la niñez **(91)**. Así, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y al avance en su disfrute, y simultáneamente asume la prohibición de reducir los derechos vigentes, y los niveles de acceso, goce y protección conseguidos, sin una justificación suficiente y fundamentada.

La obligación que asumo de adoptar una decisión razonablemente fundada, supone que el inmovilismo y la inactividad no son aceptables (prohibición de regresividad o retroceso) **(92)**.

De acuerdo a lo expuesto, el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para este caso no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia. Con lo cual deviene inconstitucional.

Cierro esta sentencia —rompiendo las formalidades conocidas— con la enseñanza que nos dejara El Principito: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón".

En esta historia J. nos descubre su corazón ("No quiero elegir") y nos demuestra lo esencial, lo básico: el amor filial ("los quiero a los dos"). J. nos enseña que el amor debe ser incondicional, jamás debe representar un peso para quien lo recibe.

Ante eso, la Justicia no puede ser ciega.

Tanto El Principito como J. (representantes de la niñez) ilustran la capacidad de sentir, de creer, de imaginar, de soñar **(93)**, y buscan comprender y ser comprendidos por el mundo que les rodea. Interpelan una sociedad tolerante.

Costas y honorarios:

Costas: Las costas son los gastos que las partes están obligadas a asumir durante la tramitación del proceso. El principio general es la imposición de costas al vencido, conforme surge de la regla contenida en el artículo 105 del CPCCT. La excepción a este principio está dada por la misma norma, en sus incisos 1, 2 y 3. En este caso concreto, al tratarse de una situación de significativa complejidad, considero que existe mérito suficiente para apartarme de la regla general. Además, la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes, y en definitiva se busca dirimir el conflicto conforme sea lo que mejor convenga a los niños/ as y adolescentes. A su vez, estamos en presencia de un proceso de familia no patrimonial, con lo cual, no puede imponerse las costas con fundamento en el principio de la derrota. Dicho esto, estimo que las costas en este proceso deben ser distribuidas por su orden.

Honorarios: En relación a los honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina MP ... CAS, del Dr. Roberto Charcas MP ..., Dr. Diego Eduardo Valls, MP ..., y de la Dra. Ingrid Lausberg MP ..., se difiere pronunciamiento hasta tanto acompañen los letrados, constancia de inscripción ante AFIP debidamente actualizada y firmada.

Por todo lo antes desarrollado y explicado **(94)** resuelvo: 1. Garantizar el derecho a la dignidad personal de J. S., y en consecuencia receptar el derecho a "no elegir entre sus papás", como resultado de ello garantizar el derecho a crecer en la familia conformada por sus dos padres: J. S. DNI ... y R. L., DNI ... Personal. 2. Reconocer a la familia conformada por J. S., J. S., R. L., y L. C. en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre. Personal. 3. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, puesto que, en el caso particular, esa norma no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (art. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Personal. 4. Hacer lugar al pedido de R. L. DNI ... y en consecuencia reconocer su derecho a estar emplazado como padre de su hija J. S., DNI ... Personal. 5. Conservar el emplazamiento de J. S., DNI ... como padre de su hija J. S., DNI ... Personal. 6. Ordénese al Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Catamarca, bloquear el acta de nacimiento N° ... de la niña J. S., DNI ..., inscripta en el tomo N° ..., año ..., debiendo en su caso emitir nueva adecuando su formato —según leyes locales y nacionales— en la que se inscriba en el cuerpo de ese instrumento a: R. L. DNI ... como padre de la niña, sin que se desplace la inscripción de J. S. DNI ... como padre y de la Sra. L. C., DNI ... como madre de la

(91) CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, párrafo 6.

(92) CIDH, Hacia la garantías de derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, Noviembre 2017.

(93) Imaginar, generalmente con placer, una cosa que es improbable que suceda, que difiere notablemente de la realidad existente o que solo existe en la mente, pero que pese a ello se persigue o se anhela. https://www.wordreference.com/definicion/so%C3%B1ar

(94) Albergo la esperanza de haber logrado la claridad y simpleza lingüística pretendida, sin menoscabar lo estrictamente técnico.

Thomson Reuters

niña. Absténgase dicho Registro utilizar las marginales del instrumento para cumplir esta manda judicial, es decir, inscribir la filiación de la niña en el sentido ordenado. Igualmente deberá mantenerse el número de documento de identidad originario, es decir el siguiente: DNI ... Asimismo el Documento Nacional de Identidad de la niña (DNI) deberá consignar la triple filiación asignada por esta sentencia. A tales fines expídase nuevo ejemplar. Líbrese Oficio Ley 22.172. 7. Invitación para J.: "Quiero volver a invitarte a charlar conmigo, ya que esta decisión es fruto de haberte escuchado, cuando me hiciste ese pedido tan importante para vos, y por eso también es una respuesta muy importante. Para eso podes venir al juzgado aquí en Monteros cualquier día por la mañana, o si vos querés me avisas y yo voy hasta Amaicha, así te explico todo lo que aquí está escrito, y vos me cuentes que te parece, también voy a invitar a tus padres para que les explique personalmente lo que significa esta decisión. Otra opción es que podes llamarme a mi teléfono celular, aquí te lo paso, ...". Cédula adecuada para NNA. 8. Invitación para R., J. y L.: "Soy la Dra. Mariana Rey Galindo, jueza de este juzgado, sin perjuicio de que sus abogados puedan notificarles e informarles de lo que resolví, quisiera dejar abierta una invitación para que vengan a verme si así lo desean y cuando ustedes lo decidan, y en ese momento pueda explicarles personalmente de que se trata esta sentencia (decisión por escrito), el sentido que tiene la misma, y las razones por las que tomé esta decisión. La misma invitación le hice a J. La ley les concede este derecho a recibir información en forma clara y sencilla. Esta invitación es una opción de ustedes, y quedan invitados por mí". Personal. 9. Costas: Distribuir las costas generadas por la presente acción en el orden causado, atento la materia involucrada y la manera en que se resuelve la cuestión (conforme artículo 105 del CPCCT). 10. Diferir honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina MP ... CAS, del Dr. Roberto Charcas MP ..., Dr. Diego Eduardo Valls, MP ..., y de la Dra. Ingrid Lausberg MP ..., conforme a lo considerado. 11. Vista a la Sra. Agente Fiscal de este Centro Judicial. 12. Vista a la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial. Hágase saber. — *Mariana J. Rey Galindo.*

Thomson Reuters

Filiación pluriparental y falsificación de documento público

Análisis de la sentencia desde la perspectiva del derecho privado (reconocimiento complaciente) y del derecho público (supresión y suposición del estado civil y de la identidad)

Elena Mendoza (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Plataforma fáctica.— III. Análisis de los considerandos de la sentencia.— IV. Reconocimiento complaciente en el Código Civil y Comercial de la Nación. Supresión y suposición del estado civil y de la identidad. Falsificación de documento público en el Código Penal de la Nación.— V. La argumentación jurídica del fallo.— VI. A modo de cierre.

I. Introducción

Esta sentencia que reconoce la pluriparentalidad de la familia conformada por Jorge L. (progenitor reconociente), Roberto L. (padre biológico) y Juli, llama a reflexionar sobre varias cuestiones. En primer lugar, lo que dispone el art. 558 del Cód. Civ. y Com. en cuanto a que las personas no pueden tener más de dos vínculos filiales; el derecho de las partes interesadas: el actor como progenitor biológico que impugna el emplazamiento filial para ser emplazado como padre, contra quien aparece como progenitor porque realizó un reconocimiento complaciente, al que no se pondera en los considerandos como antecedente de la conducta del demandado, teniendo en cuenta que la argumentación de la decisión se basa en la teoría Tridimensional del Derecho.

En mi opinión, la sentencia se funda en una premisa equivocada, al considerar que la acción de desplazamiento y emplazamiento filial incoada por el progenitor biológico de Juli, coloca a esta en una "elección entre sus dos progenitores", de esta manera se le garantiza el derecho a la dignidad personal y en consecuencia receptar su decisión es un derecho que le corresponde.

II. Plataforma fáctica

El señor Roberto L. interpone la acción de impugnación de paternidad para ser emplazado como progenitor biológico de Juli S. y desplazar a Jorge L., quien figura como padre en el acta de nacimiento, al hacer un reconocimiento complaciente (art. 657, Cód. Civ. y Com.) cuando se casó con Lucía, madre de Juli, que ya había nacido.

El demandado se presenta y platea la excepción de prescripción y caducidad de los plazos legales para interponer la acción con sustento en el art. 593 del Cód. Civ. y Com. Las acciones de estado no prescriben no se adquieren ni pierden por el transcurso del tiempo (art. 576, Cód.

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Máster en Diseño y Gestión de Programas Sociales. Docente de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES).

Thomson Reuters

Civ. y Com.), si, están sujetas a plazos de caducidad con base en la seguridad jurídica y a la estabilidad del estado civil de las personas.

Se corre traslado al actor, que responde a las cuestiones de los plazos vencidos, y refiere que todo es contrario a los derechos que se consagran en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN).

La progenitora de la niña no se presentó en el proceso ni contesto la demanda y Jorge L. no controvirtió la paternidad biológica de Roberto L.

Tomó intervención en el expediente, la señora Agente Fiscal y la Defensora de Niñez y emitieron opinión técnica con relación a la identidad de la niña y las cuestiones procesales planteadas en el expediente. La jueza *a quo* solicitó al Colegio Público de Abogados del Sur, que proponga algún profesional preferentemente especializado en materia de infancia, para asesorar y asistir técnicamente a la niña si ella lo quisiera. El colegio contestó el oficio proponiendo dos profesionales, pero la niña no ejerció su derecho y no tomó contacto con ellas.

Luego del dictamen de la Defensoría de Niñez y Adolescencia, se ordenó convocar a Juli a participar en el proceso haciéndole saber que tiene el derecho de expresar su opinión y a tener un abogado.

Como el centro de vida de Juli está alejado del tribunal, este se trasladó a su domicilio junto a una profesional del Gabinete Psicosocial y el Ministerio de la Niñez.

La charla que mantuvieron con la menor fue de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de los Derechos de los Niños (art. 12, CDN) y a la ley de Protección Integral de la Niñez (art. 2º, ley 26.061).

La niña contó cómo está conformada su familia. Relató que posee dos papás: Jorge y Roberto. Que su mamá vive en otro lugar. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Un hermano por parte del papá Jorge, otra hermana por parte del papá Roberto, y una hermana y un hermanito de meses por parte de su mamá. Que ella vive parte del tiempo con Jorge (a quien llama "papito") y parte del tiempo con Roberto (a quien llama "papá") Expresó su preocupación, pues le "habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo" (sic). Continuó diciendo que ella quiere tener a los dos papás.

La jueza *a quo* convocó a una audiencia a la que asistieron las partes y la niña con su abogada. Esta, solicitó que se respete el derecho a la identidad en el doble aspecto: dinámica y estática, la profesional reiteró el pedido de Juli de que "no quiere elegir entre ambos padres, que ella tiene los dos y que a los dos los quiere. Que quiere seguir llamándose Juli S.".

A la audiencia se presenta el señor Roberto L. (padre biológico), no así el demandado Jorge S. (padre reconociente) y tampoco su letrado a pesar de estar notificados, a Roberto, se le informa la opinión y petición de Juli.

La señora Agente Fiscal dictaminó que, "a fin de tutelar sus vínculos afectivos, respetando la construcción de la identidad dinámica de la niña, y contando esta con la madurez suficiente como para decidir sobre su identidad de origen, entiende, que S. S. puede hacer lugar a las presentes con base en el pedido de la niña con ajustes a las Convenciones de fondo y de forma".

III. Análisis de los considerandos de la sentencia

El art. 558 establece en su última parte que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Una interpretación literal del artículo dejaría zanjada la cuestión: "Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación".

El Cód. Civ. y Com. mantiene el sistema binario de parentalidad, igual que el derogado Código Velezano, art. 252: "Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación".

Thomson Reuters

A pesar de lo establecido los tribunales resolvieron planteos de filiación pluriparental. Algunos fueron solucionados de manera administrativa y otros por sentencia. Recientemente un juzgado de la ciudad de Córdoba en los autos: "F., F. C. - V. A. F. - F. C. A. - adopción" (expte. SAC 3.515.445), dictó la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del tercer párrafo de los arts. 558 y 634, inc. d) del Cód. Civ. y Com. conforme lo manifestado en los considerandos precedentes e hizo lugar a la demanda interpuesta por los Sres. F. C. F., ... A. F. V..., y en consecuencia, otorgarles la adopción plena pluriparental de la niña N. M. G. O.

La multiparentalidad como consecuencia de la nueva manera en que las personas se vinculan y el avance de la ciencia, que posibilita la concepción a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), pone en crisis al paradigma binario.

El poliamor, como también se lo denomina, es entendido "... como toda relación amorosa y/o filiatoria de la cual participan más de dos personas. Se expresa en términos registrables civiles cuando más de dos personas desean inscribir dichas uniones con efectos jurídicos concretos y permanentes ante la ley, o bien en términos filiatorios cuando ejercen plenamente su voluntad procreacional gozando los derechos y cumpliendo los deberes de que están surgen" **(1)**.

Juli tiene 9 años de edad, durante los días de la semana vive con su padre Jorge (reconociente), su hermana Nair, una tía, hermana de Jorge y los fines de semana se traslada a la casa de Roberto (progenitor biológico), en la que también vive su hermana Hade. Como señaló en un párrafo anterior, la mamá de Juli vive en otro lugar junto a una hermana y un hermano de la niña.

Juli sabe que su progenitor biológico es Roberto pero que fue reconocida por Jorge. Ambos cumplen con sus responsabilidades parentales. Comparte ambas familias, posee lazos afectivos con hermanas y hermanos, tíos, tías, abuela y abuelo. A la niña se le pregunta si en los papeles quiere tener a los dos papás de igual manera que los posee en la vida real.

La jueza *a quo* considera a la pretensión más simple y la vez más reveladora que debe resolver. Reflexiona que jurídicamente podría traducirse en la necesaria humanización de la justicia y el proceso, paradigma que dejaron plasmado los redactores del Cód. Civ. y Com.

La magistrada plantea en los considerandos los siguientes interrogantes,

1. ¿Podría el Estado desoír la voz de Juli y su consecuente petición de "no elegir entre sus padres" (Jorge y Roberto)?

2. ¿Acaso Juli tiene algo o a alguien que elegir en este proceso?

3. ¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama?

4. ¿Podría el Estado —en el actual sistema normativo— legalizar o legitimar que Juli tenga que posicionarse en alguna elección (entre Jorge y Roberto)?

5. ¿Puede el Estado "elegir" por ella entre sus padres?

6. ¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales?

7. ¿Existe algún orden público capaz de impedir la continuidad del ejercicio real y efectivo de la paternidad por parte de Roberto y Jorge?

8. ¿Podría resolverse la "cuestión del padre" en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de Juli? O bien, ¿podría resolverse "la cuestión del padre" por el solo transcurso del tiempo —supuestamente por inacción—?

9. ¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer —en esta historia— cuál de los dos señores es el verdadero padre? ¿El legal o el biológico?

La jueza contesta las preguntas en sentido negativo, y concluye que no caben las elecciones porque lo esencial es que solo desde el amor se

(1) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Triple Filiación y el Código Civil y Comercial", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 74, abril 2016.

Thomson Reuters

construye la parentalidad, función que los progenitores de Juli hicieron dese la primera infancia.

En cuanto a las preguntas sobre el rol del Estado, este debe escuchar a Juli porque es un derecho de rango constitucional-convencional (art. 12 de la CDN derecho a ser oído; art. 2º de la ley 26.061 de Protección Integral y normas procesales del Cód. Civ. y Com.).

Sobre el derecho a ser oído la observación general 12, del Comité de los Derechos del Niño en su 51 período de sesiones reunidas en Ginebra en 2009, estableció las pautas de interpretación del derecho a ser escuchado. Dispone también que, dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, el encargado de tomarlas debe informarle el resultado del proceso y explicarle como se tuvieron en consideración sus opiniones. No hay duda de que, en el proceso, y con relación a la niña, se cumplieron acabadamente las directrices citadas.

Conceptualizar la petición del progenitor biológico como una "elección de la niña entre sus dos papás", creo, que es una premisa falsa, pero, además, elude el conflicto de fondo que es el proceder ilícito de parte del progenitor reconociente.

IV. Reconocimiento complaciente en el Código Civil y Comercial de la Nación. Supresión y suposición del estado civil y de la identidad. Falsificación de documento público en el Código Penal de la Nación

Jorge L. realizó el reconocimiento complaciente previsto en el art. 657 a sabiendas de la existencia de un padre biológico. Este tipo de reconocimiento es una de las formas de emplazamiento filial, que siempre existió en la legislación argentina con algunas modificaciones.

Cuando en la Cámara de Diputados de la Nación se realizó el debate para sancionar la primera ley 13.252 de Adopción en 1948, el diputado Berreta representante de la Provincia del Chaco dijo: "Es sabido que muchas veces 'el cariño a un hijo adoptivo induce a la comisión de un delito por el padre aparente: el de la suposición de estado' (el entrecomillado me pertenece). Muchos padres aparentes que quieren solucionar la situación que le plantea el hijo adoptivo, y ante la falta de solución legislativa, no se detienen, y el sentimiento afectivo los hace a menudo arrastrar el peligro de la sanción penal" **(2)**.

El art. 245 (ley 23.264) del código velezano disponía: "Aun faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el reconocimiento de ambos" **(3)**.

La fuente del artículo citado es el art. 118 del Cód. Civil español, que admite el emplazamiento filial mediando consentimiento de ambos, a pesar de la separación de hecho que excluye la presunción de paternidad.

De acuerdo con el art. 243 (ley 23.515) del Cód. Civil, la presunción de paternidad del marido no opera si el nacimiento se produce después de los trescientos días posteriores a la disolución, anulación, divorcio, o separación de hecho de los esposos e incluso después de la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Antes de la reforma de la ley citada el art. 250 del Cód. Civil disponía que si hubiere juicio de divorcio a nulidad de matrimonio y la mujer tuviere hijos luego de los trescientos días desde que la separación tuvo lugar, no se presuma la paternidad del marido salvo que se probase la reconciliación.

El reconocimiento complaciente en el Cód. Civ. y Com. está previsto como una situación especial de la separación de hecho, aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de estos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido, además,

(2) Disponible en: https://www.diputados.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates.

(3) El art. 245 en su redacción originaria disponía: La ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio tienen por padre al marido.

Thomson Reuters

con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial (art. 567).

Esta manera de emplazamiento en el Estado de familia, fue y sigue siendo habitual en la Argentina. A tal punto, que en el año 1970 se sancionó la ley 19.216 de Inscripciones Falsas de Nacimiento. Amnistía. Adopción de Inscriptos Falsamente. La ley concedía una amnistía general por los delitos establecidos en los arts. 139 y 293 del Cód. Penal que se hubieran cometido mediante falsa inscripción de menores como hijos propios, siendo ellos ajenos, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con fin de lucro o con propósito de causar perjuicio.

Alcanzaba a los autores y partícipes. La ley operaba de pleno derecho en cualquier estado del proceso o de la ejecución de la pena, declarándose de oficio la extinción de acciones y de penas.

Las personas que hubieran inscripto falsamente como propios a hijos ajenos, podían solicitar la adopción de aquellos, de conformidad a lo establecido por la ley 19.134. Los jueces que entendían en los juicios de adopción podían dar por cumplido el período de guarda.

El derecho penal siempre lo tipificó como delito. La ley 24.410 de 1995 modificó los arts. 138, 139 e incorpora el 139 bis. Esta, no fue una decisión caprichosa del legislador, sino que respondió a la situación política que atravesó la Argentina en el período 1976-1983. La dictadura cívica-militar implantó un plan sistemático de sustracción y apropiación de niños.

El art. 138 del Cód. Penal **(4)** dice: "Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro. El sujeto pasivo del delito debe ser una persona viva distinta del autor. La figura no comprende la supresión del propio estado civil. Hace incierto el estado civil el que modificando los datos o hechos jurídicos que sirven para determinarlo vuelve insegura su determinación. Lo altera el que le atribuye a la víctima un estado civil distinto del verdadero. Lo suprime el que de cualquier modo hace desaparecer el estado civil poseído por la víctima, sin asígnale otro. Los hechos mencionados ya no son solo punibles cuando el autor los consuma con el propósito de causar perjuicio material o moral a la víctima o a un tercero. La eliminación de esta exigencia típica hace punible toda conducta que torne incierta, altere o suprima el estado civil de manera ilegítima sin ajustarse a las prescripciones de la Ley de Adopción..." **(5)**.

El delito tiene modalidad agravada cuando se suprime la identidad de un menor de 10 años. La acción queda configurada en concurso ideal de acciones con el delito de falsificación ideológica de documento público al introducir en la partida de nacimiento datos falsos.

En el libro segundo del Código Penal, tít. XII se regula los delitos contra la Fe Pública, Falsificación de Documentos en General, el art. 293 establece: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10 de la ley 24.410 BO 02/01/1995).

La identidad como bien jurídico protegido, como derecho humano fundamental, fundacional en la estructura psíquica de las personas, paso a adquirir una centralidad como nunca antes. Es por eso que el reconocimiento falso de los niños y niños no deben ser pasados por alto, ni valorarlo como derecho a vivir en una familia, sin ponderar los hechos antecedentes. No se trata de castigar. No es competencia de la justicia civil, pero, esta no puede mirar para otro lado. De lo contrario, la sociedad deberá firmar un nuevo pacto social y acordar qué conducta valorará como lícita o ilícita.

(4) La ley 24.410 de 1994 tipificó el Delito de Supresión y Suposición del Estado Civil.

(5) NUÑEZ, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", Lerner Editores, 2008, 3ª ed. actualizada por Víctor F. Reinaldi.

Thomson Reuters

En síntesis, lo que para la ley civil es una forma de emplazamiento filial la ley penal lo tipifica como delito, el bien jurídico protegido es el derecho a la identidad en su faz estática y dinámica, se protege la incolumidad del estado civil. El Delito solo es imputable a título de dolo, es de efecto permanente e imprescriptible.

La función del Estado, la justicia en este caso, es arribar a la verdad material, no es una "elección" que deba trasladarse a la niña, porque lo que está en juego es el orden público y derechos de rango constitucional-convencional. Tampoco, se trata de la "posibilidad" de desplazar a un progenitor por inexistencia de vínculo biológico a mero vencimiento de plazos legales.

El emplazamiento filial de Juli como hija de su progenitor biológico no implica de ninguna manera "impedir" al progenitor reconociente el ejercicio real y efectivo de la paternidad socio afectiva.

La magistrada también se interroga si la cuestión del padre II podría resolverse en un laboratorio mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de Juli. La prueba genética debe ser realizada, debe ser probado científicamente el origen biológico de la niña. Prueba por excelencia en los juicios de filiación por su alto rigor científico.

Jorge L. no controvirtió en el proceso el origen biológico de Juli. Entiendo, entonces que el demandado se allanó a la pretensión del actor, forma anormal de finalización del proceso que no procede en las acciones de filiación. Solo puede plantearse cuando lo que se persigue con la demanda puede ser realizado de manera voluntaria por el legitimado activo; Jorge no puede hacer el reconocimiento en el registro respectivo porque Juli fue sujeto de un reconocimiento complaciente.

"A la inversa, en las acciones de desplazamiento de estado, al encontrarse en juego el orden público familiar ajeno a la autonomía de la voluntad de las partes, el allanamiento del o los demandados resulta insuficiente para determinar la procedencia de la acción, siendo necesario abrir a prueba el expediente y esperar el resultado de la sentencia que modifique la situación jurídica o estado filial anterior" **(6)**.

El fundamento invocado en los considerandos es el deseo de Juli de conservar a sus dos papás. "Básicamente (Juli, Jorge y Roberto) coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Ser padres de Juli. Y Juli ser hija de ambos" (sic).

La magistrada consideró que esta realidad no fue contemplada por el legislador y que no tener un nombre para este tipo de familia no significa que no exista.

En primer lugar, el legislador contempló esta situación cuando estableció en la última parte del art. 578 que ninguna persona puede tener más de una filiación acreditada. Es decir, obstruyó la posibilidad de la pluriparentalidad.

En segundo lugar, consideró que Juli, Jorge con sus hijos, Roberto con su otra hija, la madre de la niña con sus otros hijos, la familia ampliada: tía, abuela y abuelo conforman una familia ensamblada.

La estructura familiar quedó así concedida por el reconocimiento complaciente que realizó Jorge y que obligó a Roberto a impugnar el reconocimiento para luego quedar emplazado como progenitor biológico. Tema no menor, y en el que la sentenciante no repara. El que aparece en el título de estado como progenitor biológico no lo es, y el que sí es ejerce la parentalidad socioafectiva.

En este caso, hacer coincidir realidad biológica y jurídica no va en contra del interés superior de la niña, por el contrario, es dar a la verdad el lugar que esta debe ocupar. Si Juli tiene la madurez suficiente para entender perfectamente los hechos y conocer la verdad, la sentencia debe decirlo para ubicar el valor verdad en su justo lugar. No implica atentar contra su "auto proyecto de vida", como sostiene la jueza, ni impedir que "los papás" sigan funcionando como tales. No debe confundirse el título de estado con el rol parental.

(6) FAMA, María Victoria, "Filiación por Naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2017, t. I.

Thomson Reuters

¿Y el derecho de Roberto como padre biológico cómo se pondera? ¿Colocando a ambos progenitores en pie de igualdad para que la niña no deba "optar" por uno de ellos en pos de su interés superior? El interés superior de la niña no puede ser valorado solo con relación a ella, sino teniendo en cuenta el contexto en el que se quiere garantizar e interpretado y entrelazado con los derechos de todas las partes.

V. La argumentación jurídica del fallo

La argumentación de la sentencia se asienta en la Teoría Tridimensional del Derecho, también denominada Trialista, desarrollado por Miguel Reale y Werner Goldschmidt.

Para Relae: "Todo ordenamiento jurídico presupone la vigencia de un orden objetivo de valores al que la propia actividad humana se subordina a través de fines éticos de la convivencia. De esta manera, la norma jurídica es el producto de una integración dinámica entre el hecho social y el valor" **(7)**.

Hasta el desarrollo de la teoría tridimensional el derecho se observaba por partes, en forma fraccionada: el hecho social; el valor y la función de la norma. El tridimensionalismo permite abordar gnoseológicamente al derecho como una unidad dinámica, no es suficiente discriminar o yuxtaponer los tres elementos.

Werner Goldschmidt sostiene que la estructura del mundo jurídico tiene un orden de conducta, valoradas por la justicia como justas e injustas y descritas e integrada por las normas. "La justicia, sostiene, que, como todo valor posee ínsitamente un deber ser ideal, vale, aunque no esté realizada. Y puesto que la no realización humana en nada afecta a la valencia íntima del valor, la Justicia, aun cuando no se realice, permite deducir de su 'deber ser ideal' un deber ser actual (el deber de que la injusticia cese), y de este, un deber actuar (el deber de realizarla como valor en tanto sea posible)" **(8)**.

La sentencia desarrolla la teoría considerando:

1. Las conductas: de Jorge y Roberto en la función paterna y la conducta de Juli como hija de ambos.

2. Las normas: Jorge es el padre reconociente de Juli pues figura en el acta de nacimiento. La niña lleva su apellido y se identifica como tal. Roberto es el padre biológico de Juli, cumple la función paterna en los hechos. La niña conoce su origen y tiene vínculos afectivos y convive con ambos. (Arts. 80, 240, 243, 246, 248, 258, 269 y concs. del Cód. Civ. argentino [derogado]).

3. La valoración: ¿qué sería "lo justo" en el caso que tengo a resolver? Ahora sí, me introduzco directamente en lo que me interesa describir, principalmente para que Juli, Roberto y Jorge sepan cuáles son las normas jurídicas y los aspectos no jurídicos que he tenido en cuenta para llegar a mi decisión final. Qué elementos y condiciones juzgó (valoró) como legal y razonable en sus pedidos.

Con relación a la niña desarrolla el concepto de interés superior, y considera que este será garantizado manteniendo a ambos progenitores; reconocer que es un derecho de Juli "filiarse" con Jorge (reconociente) por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de Roberto por el vínculo biológico y afectivo que también los ensambla. Proteger a la familia tal cual está constituida por vínculos jurídicos, bilógicos y afectivos, abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada *so pretexto* de aplicar normas internas en vigencia que implique transgredir el máximo bienestar de la niña y que vulnere los estándares convencionales dominantes.

La conducta de Jorge y Roberto no puede ser valorada en pie de igualdad para establecer que sería "lo justo". Jorge aparece como progenitor porque recurrió a un reconocimiento falaz, en violación de lo dispuesto en el art. 567, porque no se trató de un caso especial de separación de hecho, como indica la norma, por lo tanto, no puede aplicarse la presunción de paternidad, como consecuencia supuso el estado civil de la niña alterando un documento público, el bien jurídico protegido es la identidad, falsearla es un daño en sí mismo. Debido a esta conducta Roberto para ser emplazado como progenitor biológico debe impugnar la inscripción falsa. El

(7) SMITH, Juan Carlos, "El Desarrollo de las Concepciones Iusfilosóficas", Ed. Abeledo Perrot, 1980, 2ª ed.

(8) Ob. cit.

Thomson Reuters

Estado, en este caso puntual no puede abstenerse de intervenir "debe" hacerlo porque el estado civil de las personas es una cuestión de orden público y por lo tanto indisponible.

La niña según los hechos relatados conoce la verdad, quien es su progenitor biológico y quien es el "otro" progenitor. No surge si Juli sabe porque hay otro papá. La actuación de Juli en todas las etapas del procedimiento evidencio que poseía madurez suficiente entonces la "verdad" debe estar expuesta en la sentencia. Conocerla es una cosa y que la justicia la asevere es otra. No hay impedimento alguno para que la familia nuclear y la extendida sigan funcionando como lo que realmente son: una familia ensamblada.

Cuando la sentencia abordó el tema de la identidad y la identificación de la niña con ambos progenitores, también los ubicó en un plano de igualdad. Sostuvo que a ellos la une el afecto, además del lazo legal con uno y el lazo biológico con el otro.

La opinión consultiva 24/201 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), citada en el fallo, sustenta que la identidad de la persona es uno de los valores más importantes. No hay duda que la opinión de la CIDH, se refiere a la identidad real de la persona y no a la identidad como consecuencia de un reconocimiento falso.

El fallo reitera que Juli solicitó "no elegir entre sus dos padres" y que la opinión de la niña es lo que cuenta "decididamente" en este proceso (el entrecomillado me pertenece) Esto se lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe. Y como derivación directa de ello, me obliga a evitar que por reconocer a un padre mejor derecho que a otro, conlleve una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes. Y, en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

No comparto estos argumentos. A riesgo de ser reiterativa, la conducta de ambos padres en función de las normas aplicables, no son comparables.

El proceder del progenitor reconociente, en particular, y en general de los casos que se presentan ante los tribunales, no deben ser predicados como actos de amor o de protección, por el contrario, debe ser juzgado como conductas ilícitas.

Antes de la reforma parcial operada por la ley 24.410 el *nomen juris* del cap. II del título IV "Delitos contra el estado civil", hablaba de la "supresión y suposición del estado civil", pero a partir de la comentada norma se le agrega a la rúbrica "y de la identidad" con lo que se ha querido determinar que la identidad ha dejado de ser un simple dato del estado civil para pasar a ser un derecho con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN). Se entiende que toda persona tiene derecho a que se respete su primaria identidad, a que se la mantenga inalterable durante su vida, sin que circunstancias externas contribuyan a su manipulación. La identidad de una persona forma parte de su propia integridad como ser humano y ya no se trata de un simple aspecto del estado civil, sino que se equipara a él en una misma categoría axiológica, adquiriendo plena autonomía conceptual y jurídica al erigirse como bien jurídico fundamental **(9)**.

La magistrada teme que por reconocer a un padre mejor derecho que a otro, derive en una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes. Y, en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia. En primer lugar, el progenitor biológico pretende que en el plano jurídico se refleje la realidad biológica, que tendría como resultado, de acuerdo con lo establecido en la última parte del art. 538 el desplazamiento del falso reconocimiento. Pero, el desplazamiento en el plano registral no necesariamente producirá la desintegración de la familia. Esta podrá seguir funcionando como hasta el momento de dictarse la sentencia, como familia ensamblada, donde todos y todas sus integrantes cumplirán los roles desempeñados hasta el momento, porque según los hechos narrados ambos progenitores ejercen con compromiso la función

(9) FIGARI, Rubén E., "Supresión o alteración de identidad de menor y falsedad de instrumento público (¿Concurso ideal, concurso aparente de leyes o concurso real?)". Disponible en: http://www.rubenfigari.com.ar/supresion-o-alteracion-de-identidad-de-menor-y-falsedad-de-instrumento-publico-concurso-ideal-concurso-aparente-de-leyes-o-concurso-real/.

Thomson Reuters

parental. Además, la sentencia cumplirá con su fin primordial marcar la justo y resaltar lo injusto de cada conducta.

Refiriéndose a la identidad estática explica: "Sería inexacto pensar que la identidad biológica podría desplazar la identidad socio-afectiva que el propio dinamismo de la vida ha forjado en ese vínculo parental. Es una identidad dual con equivalente jerarquía legal y social".

La alteración de la verdadera identidad de Juli no puede atribuirse a un acontecimiento externo, como entiendo a la expresión: "dinamismo de la vida", fue un acto voluntario de reconocimiento con la característica propia del acto jurídico familiar, a sabiendas de la existencia del progenitor biológico, por la tanto no puede ser valorada la identidad de la niña como dual y de equivalente jerarquía.

Al reconocimiento falso se le debe otorgar su verdadera dimensión y dejar de conceptualizarlos como actos de amor. Juli se encuentra involucrada en este debate como consecuencia de ser víctima de un delito de efecto permanente e imprescriptible que vulnera un derecho de rango constitucional-convencional (art. 8º, CDN).

VI. A modo de cierre

Este caso y por la trama de la historia de Juli y sus progenitores, es mi opinión, que no debió ponderarse como un caso de multiparentalidad. La filiación multiparental o pluriparental es consecuencia de las nuevas costumbres sociales que se hicieron visible en la pos modernidad o modernidad líquida como también se la denomina. Además, del avance de la ciencia que permite la procreación a través del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), que el Cód. Civ. y Com. incorpora como fuente filial autónoma. Sin embargo, la última parte del art. 558 conserva la regla del doble vínculo filial. La multiparentalidad trae consecuencias prácticas complejas: apellido, ejercicio de la responsabilidad parental, vocación sucesoria, régimen de comunicación, deber alimentario. Cuestiones, no menores, en la vida cotidiana de las personas que deben ser evaluadas cuidadosamente.

La multiparentalidad se inscribe y se asienta en un proyecto de vida compartido en que una de las partes de la pareja, o ambas y hasta con la participación de un tercero, aporta material genético en una clara voluntad procreacional. Todos estos ingredientes están ausentes en la biografía de Juli; Roberto L. y Jorge L.

En cuanto a la identidad estática de la niña, la jueza *a quo* decidió que quedara inscripta tal cual figura en el acta de nacimiento y declara la inconstitucionalidad de la última parte del art. 558. El acta de nacimiento contiene declaraciones falsas [falsificación ideológica de documento público art. 292 **(10)** y 293 **(11)**].

Si el fallo hubiera hecho lugar a la acción de impugnación y reconocimiento de la filiación biológica, al ordenar la nueva inscripción de nacimiento podría haberse agregando al apellido de origen el apellido de quien supuso su estado civil porque la niña es así como se identifica. Por el contrario, el fallo considera que la pluriparentalidad o diversa parentalidad no implica necesariamente modificar el nombre, ya sea por agregación de otro apellido o alteración de órdenes.

---

(10) El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años. Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(11) Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10 de la Ley 24.410, BO 02/01/1995).

Thomson Reuters

"El tipo descrito por el art. 139, inc. 2º del Cód. Penal **(12)** ha sustituido el elemento estado civil por identidad: en la legislación argentina se trata de un bien jurídico tutelado o protegido, distinto al estado civil, constitutivo de la identidad en un sentido omnicomprensivo, incluyendo el estado civil.

"El objeto de protección abarca no solo el estado civil, sino también la nacionalidad, el nombre y el derecho del niño a conocer a sus padres, de modo que la norma tiene como objeto defender la identidad del menor que es negado cuando se anota como hijo propio a un niño ajeno o se falsea dolosamente su identidad no mediando procedimiento de adopción o entrega del niño con participación del juez de menores por la forma legal pertinente" **(13)**.

En cuanto a los derechos de las partes el decisorio dice: "Insisto, en este caso particular, tanto Juli como sus progenitores (Jorge, Roberto —y Lucía—) tienen el derecho de disfrutar no solo de la compañía mutua entre padres e hija, sino del reconocimiento de esa identidad familiar como una identidad diferente al modelo binario tradicional, pues es un elemento cardinal de la vida familiar de Juli, y la norma interna que obstaculiza dicho disfrute y derecho alcanza una injerencia ilícita en los términos de la CADH y CDN".

Nuestro derecho positivo no reconoce jerarquía entre los derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación propone como sistema de valoración la armonización de los derechos fundamentales, determinando en cada caso concreto el alcance de cada uno de ellos e indagar las razones que despliegue cada una de las partes.

Una de las maneras de justipreciar las pretensiones de las partes es el principio de proporcionalidad. Y es en esto donde encuentro el principal yerro: ponderar la conducta de los progenitores de la misma manera y reconocerles idénticos derechos, cuando la realidad es que, uno es el progenitor biológico, que no reconoció en tiempo y forma a su hija, pero esta es otra discusión, y el otro progenitor lo es por un reconocimiento complaciente que para la ley penal es un delito.

La justicia civil con competencia en familia debe hacer visible en sus sentencias este tipo de emplazamiento filial, y abordarlo de manera holística, desde el derecho civil que lo permite como una forma de reconocimiento para el caso de separación de hecho para hacer valerse la presunción de paternidad y el derecho penal que lo tipifica como un delito.

Considero que es necesario armonizar las normas que regulan el estado civil de las personas en la que se encuentra la identidad, en su doble perspectiva civil y penal. El reconocimiento como manera especial en caso de separación de hecho, tal cual está regulado en el art. 567, sin ningún tipo de recaudo facilita la comisión de delitos. Que a la postre quedan naturalizados como actos de amor filial.

(12) Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan. 2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

(13) FIGARI, Rubén E., "Supresión o alteración de identidad de menor y falsedad de instrumento público (¿Concurso ideal, concurso aparente de leyes o concurso real?)". Disponible en: http://www.rubenfigari.com.ar/supresion-o-alteracion-de-identidad-de-menor-y-falsedad-de-instrumento-publico-concurso-ideal-concurso-aparente-de-leyes-o-concurso-real/.

Thomson Reuters

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Régimen de recompensas. Normativa de orden público. Presunción prevista en el art. 491 del Cód. Civ. y Com. Carga de la prueba. Carácter ganancial de los bienes muebles y del pasivo por expensas.

Con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.)

1. — Las normas concernientes al régimen de bienes del matrimonio son de orden público y como tales no son disponibles por las partes, por lo que para que prospere una recompensa respecto de una suma que ha sido dada a un tercero, su prueba debe ser lo suficientemente contundente y categórica (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo que no ocurrió en la especie.

2. — La declaración del carácter ganancial de los bienes muebles sitos en el inmueble debe confirmarse. El actor aduce que la demandada nunca permitió su retiro, sin embargo no invoca las medidas judiciales o extrajudiciales requeridas y/o adoptadas tendientes a hacer efectivo su reclamo, lo que torna inadmisible su argumento teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde su divorcio y la profusa actividad judicial llevada a cabo por las partes en los expedientes por ambos promovidos.

3. — El carácter ganancial del pasivo por expensas debe confirmarse. Los agravios del actor sobre el punto resultan contradictorios con su anterior proceder pues en acuerdo las partes acordaron afectar las sumas inmovilizadas para el pago de las obligaciones devengadas respecto de los bienes en copropiedad. Y si bien esas sumas han sido utilizadas para el pago de la deuda por expensas anterior a la aquí reclamada, lo cierto que lo coloca en una situación de contradicción con lo allí acordado.

CNCiv., sala J, 12/07/2019. - R. P. c. S. M. A. s/ liquidación de sociedad conyugal.

[Cita on line: AR/JUR/27468/2019]

COSTAS

En el orden causado

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 12 de 2019.

La doctora *Scolarici* dijo:

I. La sentencia de fs. 486/507 hizo lugar parcialmente a la demanda articulada por P. R. c. M. A. S., declarando disuelta la sociedad conyugal que debe realizarse sobre los bienes de carácter ganancial: "1) Inmueble ubicado en la calle Arenales xxx piso x CABA y su correspondiente cochera; 2) Rechazar el pedido de recompensa de los frutos percibidos por la Sra. S durante el plazo comprendido entre el mes de septiembre de 2003 al día 6 de mayo de 2005, como así también la deuda por alimentos percibidos por la Sra. S. 3) Estableciendo el carácter ganancial de los bienes muebles que se encuentren en el inmueble sito en la calle Arenales xxx piso x CABA, según inventario de fs. 24/5 de los autos Exp 98050/2008 (Conf.Considerando IV pto. 4) Declarar de carácter ganancial el pasivo que surja de la liquidación de expensas del inmueble de la calle Arenales xxx piso x° CABA, con el alcance señalado en el Considerando IV, punto 7. 4) (sic) Rechazar el pedido de recompensa por depósito a plazo fijo de carácter propio invertido para la compra del inmueble de la calle Arenales xxx x° piso CABA. 5) Hacer lugar a la atribución de vivienda como exenta del proceso liquidatorio hasta tanto V R cumpla la mayoría de edad". Impone finalmente la sentencia las costas por su orden.

Contra dicho pronunciamiento apelan y expresan agravios ambas partes. La actora a fs. 527/38 cuestiona la existencia de incongruencia por omisiones en la sentencia y en la fijación de los hechos, entre otras cuestiones. Se agravia de que la sentencia se expide respecto a la recompensa del bien propio del Sr. R. pero no falla al respecto. Asimismo, se agravia de que se haya efectuado la atribución de la vivienda hasta que el hijo del matrimonio cumpla los 21 años y luego de ello a solicitud de la demandada se determinará si corresponde la liquidación. También se queja de la calificación como gananciales de los bienes muebles sitos en el inmueble de la calle Arenales xxx x 4 ° CABA. Cuestiona la errónea interpretación que efectúa la sentenciante de grado en el art. 491 del Cód. Civil y Comercial al rechazar la recompensa del bien propio de la calle San Martín xxx; también se queja de la declaración como ganancial del pasivo de expensas abonadas por R. con fondos propios. Finalmente, también se agravia de la omisión del análisis y fijación del canon locativo solicitado por R en relación al inmueble sito en Arenales xxx x ° CABA y cochera Suipacha ... Unidad ... piso 1 CABA.

La parte actora, por su parte, presenta su expresión de agravios a fs. 537/8, agraviándose de la imposición de costas por su orden cuando fueron desestimadas todas las peticiones.

Thomson Reuters

II. La expresión de agravios supone la existencia de dos elementos: el perjuicio que se infiere a la parte quejosa, aspecto endógeno con sus consecuencias, y que dicho perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, provenga de errores de la sentencia, los que deben ser indicados claramente.

Por ello, resulta inviable la apelación en mérito a lo establecido por el art. 265 del Cód. Procesal, cuando los agravios de los recurrentes se limitan a reiterar los mismos argumentos que fueron expuestos ante el *a quo* en el escrito de inicio, sin hacerse cargo de las consideraciones que aquél expresó al fundar su sentencia, por cuanto se pone en evidencia la falta de un agravio específico respecto de las apreciaciones efectuadas por el magistrado de la instancia previa. (Conf. CNCiv. esta Sala, 15/07/2010, Expte. N° 72.250/2002 "Celi, Walter B. y otro c. Salvador M. Pestelli Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios"; Idem., id., 23/06/2011, Expte. 90.579/2003 "Rivera Cofre, José A. y otros c. Clínica Gral. de Obstetricia y Cirugía Nstra. Sra. de Fátima y otros s/ daños y perjuicios", entre otros).

He de señalar, en primer término, que reiteradamente hemos sostenido que el recurso de apelación no implica una pretensión distinta o autónoma con respecto a la pretensión originaria, sino una eventual derivación de ésta que constituye el objeto, la que ya no se puede modificar en sus elementos. Se ha declarado que únicamente es fundado cuando en razón de su contenido sustancial es apropiado para la obtención de una resolución que reforme, modifique, amplíe o anule el pronunciamiento impugnado. Caso contrario, debe declararse desierto el recurso (CNCiv., esta Sala, 01/10/2009, expte. N° 2.575/2004 "Cugliari, Antonio C. H. c. BankBoston N.A. s/ cancelación de hipoteca". Idem., 23/06/2010, expte. N° 59.366/2004 "Berdier, Tristán M. c. Snitovsky, Luis y otro s/ daños y perjuicios").

Este Tribunal ha sostenido que es imprescindible a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada por el magistrado de la instancia anterior, para lo cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia, que demuestren argumentalmente el error de juzgamiento que se le atribuye. La expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, ya que ésta no está facultada constitucionalmente para suplir los déficit argumentales o las quejas que no dedujo (Conf. CNCiv., esta Sala, 24/09/2009, Expte. N° 89.532/2006, "M. R. E. c. F., R. A."; Idem, 18/02/2010 expte. N° 100.658/2000 "Coronel, Juan C. y otros c. Cerzosimo, Claudio F. y otros s/ daños y perjuicios" Ídem. Id, 15/07/2010, expte. N° 72.250/2002 "Celi, Walter B. y otro c. Salvador M. Pestelli Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios" entre muchos otros).

La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisar así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del *a quo*, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", T. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988; CNCiv., esta Sala, Expte. N° 2575/2004, "Cugliari, Antonio C. H. c. BankBoston N.A. s/ cancelación de hipoteca" del 01/10/2009).

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. (Conf. C.N.Civ. esta Sala, 11/05/2010, expte. N° 75.058/2000, "Peralta, Carlos R. y otros c. Coronel Vega, Carlos J. y otros s/ daños y perjuicios" Ídem 21/12/2010, Expte. 108.705/2005, "Comte Olivares, Juan C. c. Rekz, Miguel O. y otros s/ daños y perjuicios" entre otros muchos).

Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta

Thomson Reuters

Sala, 17/12/2009, expte. N° 62.375/2006 "Enser, Luis A. c. Empresa de Transporte General Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros"; id; 14/08/2009, expte. N° 70.098/98 "Agrozonda SA c. Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración" y expte. N° 60.974/99, "Agrozonda SA c. Santurbide SA y otros s/ daños y perjuicios"; id; 21/12/2009, Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela B. c. Erguy, Marisa B. y otros").

En este contexto, estimo que en los presentes el apelante R no ha cumplido con su carga de indicar cuáles son los defectos u omisiones del pronunciamiento que objeta y los fundamentos que lo impulsan a proponer los reproches que formula, sin precisar concretamente mas allá de su disconformidad cuál sería, a su juicio, la solución correcta.

Una adecuada fundamentación en la expresión de agravios es, indudablemente, una carga para el apelante, por cuanto si las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, o importan discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista, tal insuficiencia en la técnica recursiva torna operativa la norma del art. 266 de la ley adjetiva.

Esto es —a mi criterio— lo que ocurre en el caso de autos con respecto a los agravios de fs. 527/38, donde al apelante no controvirtió adecuadamente los argumentos centrales del pronunciamiento en cuestión, encontrándose lejos de deducir en su queja una indicación clara y concreta contra los argumentos y las pruebas en los que se sustentó el fallo recurrido.

Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisar así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del *a quo*, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado, T. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988; C)

Aun cuando no se configuran en la especie, los extremos requeridos, en cumplimiento de lo dispuesto por el propio art. 266 del Código ritual, habrán de señalarse los aspectos más relevantes que no han sido rebatidos, o lo han sido en forma inadecuada.

III. Con carácter previo a introducirme en el tratamiento de los agravios expresados por las partes, corresponde señalar que ninguna de las partes cuestionó lo decidido en la sentencia de grado respecto de la aplicación temporal de la ley. Por ello, a la calificación de los bienes, las cargas de la comunidad y las recompensas que se generen en virtud de ellas, se aplica ley vigente a la fecha, dado que se trata de consecuencias no producidas de la comunidad sobre las que la nueva norma es de aplicación inmediata.

IV. Sentado ello, corresponde considerar el pretendido agravio del actor que cuestiona que se hubiera omitido en la parte resolutiva de la sentencia expedirse respecto a la recompensa de bien propio que había sido peticionada por R, mas aduce que fue tratado ello por la Sra. Juez *a quo* en el Considerando IV punto 5, más adelante en la misma pieza procesal el actor se agravia de la errónea interpretación que se efectuó en la sentencia de grado del art. 491 del Cód. Civ. y Comercial con respecto a esta cuestión.

El actor solicita la recompensa por el bien propio sito en la calle San Martín xxx CABA, pues invoca que con fecha 28 de abril de 2000 vendió el inmueble en la suma de U$S 95.000 (cf. Escritura de fs. 84/102) durante la vigencia de la sociedad conyugal, lo que considera que se trató de un aporte propio sin reinversión probada.

El art. 491 en su párrafo 2do del Cód. Civ. y Comercial establece que "Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad"

La Sra. Jueza *a quo* rechaza la petición con fundamento en el art. 492 del mismo cuerpo legal que dispone que la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.

Más allá de la presunción *iuris tantum* existente en la norma del art. 491, lo cierto es que ha sido el propio actor quien manifestó que el 7 de enero de 2000 adquirieron el inmueble sito en Arenales xxx piso x CABA en la suma de U$S 330.000, abonada con un préstamo hipotecario del Banco Río de la Plata SA por la suma de U$S 111.000, más U$S 189.000 que ambas partes tenían ahorrado y un préstamo de su padre por la suma de U$S 95.000 y que una vez vendido el inmueble sito en San Martín xxx canceló el préstamo de su padre.

Ahora bien, el actor reconoce que la suma proveniente de la venta del inmueble de la calle San Martín fue utilizada para el pago de una deuda con su padre; lo que no puede inferirse es que esa deuda con el padre hubiera sido invertida en el departamento de carácter ganancial pues ello no se encuentra documen-

Thomson Reuters

tado ni se ha hecho constar en la escritura de compra del inmueble.

Ello por sí solo, desvirtúa la procedencia de la presunción legal prevista en el art. 491 mencionado.

La declaración testimonial de I de fs. 213 no logra formar convicción respecto al acontecimiento de los hechos que se pretendieron probar pues el testigo afirma que aquellos han llegado a su conocimiento por los dichos del actor.

Recuérdese que las normas concernientes al régimen de bienes del matrimonio son de orden público y como tales no son disponibles por las partes, por lo que para que prospere una recompensa respecto de una suma que ha sido dada a un tercero —padre del actor—, su prueba debe ser lo suficientemente contundente y categórica (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo que no ocurrió en la especie.

Por ello, propongo confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

V. Con respecto al agravio referido a la atribución de la vivienda, toda vez que el apartado 5) de la parte dispositiva de la sentencia —que no ha sido objeto de recurso ni de remedio alguno por parte de la demandada— expresa "5) Hacer lugar a la atribución de la vivienda como exenta del proceso liquidatorio hasta tanto V. R. cumpla la mayoría de edad"; resulta inoficioso el tratamiento del agravio vertido sobre el punto, más allá de la aparente contradicción con los fundamentos dados por la *a quo* y sin perjuicio de los derechos que correspondan a V R, que podrán hacerse valer en el futuro.

VI. Con respecto agravio relacionados con la declaración del carácter ganancial de los bienes muebles sitos en la calle Arenales xxx piso x ello condice con la presunción establecida en el art. 466 del Cód. Civil y Comercial.

El apelante no rebate ello adecuadamente ni tampoco los restantes fundamentos dados en la sentencia de grado en el considerando IV ap. 4) en cuanto a que a fs. 35 de los autos "R. P. c. S. M. A. s/ medidas precautorias" (expte. 98.050/2008) se autorizó al Sr. R.a retirar los bienes inventariados (fs. 24/5 de esos actuados), pero ello no se concretó.

El actor aduce que la demandada nunca permitió su retiro, sin embargo no invoca las medidas judiciales o extrajudiciales requeridas y/o adoptadas tendientes a hacer efectivo su reclamo, lo que torna inadmisible su argumento teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde su divorcio y la profusa actividad judicial llevada a cabo por las partes en los expedientes por ambos promovidos.

VII. Se agravia también el actor de la declaración del carácter ganancial del pasivo que surja de la liquidación de expensas del inmueble de la calle Arenales xxx piso x, imputando a la comunidad al pago de esa deuda y reconociendo una recompensa a la demandada. Señala que se agravia porque el pasivo que surja del pago de las expensas de Arenales xxx piso x no debe imputarse como crédito a favor de la demandada en los términos establecidos en el apartado 7 Considerando IV ni tampoco considera que se le debe recompensa por la comunidad al actor.

Esgrime que hasta mayo de 2006 las expensas se abonaron con fondos embargados sobre frutos de su parte inmovilizados en la cuenta del Banco Río y en la cuenta de autos en Banco Nación (cita los autos "S. c R. s/ medidas precautorias art. 233" (Expte. 26349/2004)

La sentencia de grado refiere en el apartado 7) del Considerando 4): "Que frente a la crisis económica que atravesaba —la demandada— no pudo abonar las expensas ordinarias y extraordinarias de dicho inmueble, como consecuencia de ello, se inició un juicio ejecutivo por cobro de expensas "Consorcio de Propietarios Arenales xxx/xx/xx c. R. P. y otro s/ ejecución de expensas (expte 43520/2007), el cual se tiene a la vista. Frente a aquella situación refiere que se requirió al Dr. H. P. un préstamo según constancia de fs. 134 por la suma de setenta y tras mil quinientos dólares (U$S 73.500) para cubrir el monto reclamado en dicho juicio..."

A fs. 134 de estos autos obra efectivamente el reconocimiento de deuda de la actora.

A fs. 400/1, 540/1 y 545/7 de los autos mencionados precedentemente obran las constancias de depósito por $201.000, $60000 y $30.000 presentada por la Sra. S.

La Sra. Juez de grado consideró que las sumas que habían sido embargadas al actor y de las que da cuenta el acuerdo de fs. 146/8 de los autos "R. P. c. S. M. A. s/ régimen de visitas" (expte 85552/2004) fueron afectadas a una deuda por expensas anteriores que surge de los autos "Cons. Arenales c. R. P. s/ ejecución de expensas" (expte. 15.660/2005). El apelante nada expresa respecto de esta consideración que ha sido el fundamento central de la decisión adoptada por la *a quo*.

En lo que concierne al carácter ganancial del pasivo por expensas, cabe señalar que los agravios del actor sobre el punto resultan contradictorios con su ante-

Thomson Reuters

rior proceder pues en acuerdo celebrado a fs. 146/8 de los autos sobre régimen de visitas las partes acordaron afectar las sumas inmovilizadas para el pago de las obligaciones devengadas respecto de los bienes en copropiedad. Y si bien esas sumas, como se señaló han sido utilizadas para el pago de la deuda por expensas anterior a la aquí reclamada, lo cierto que lo coloca en una situación de contradicción con lo allí acordado y con la argumentación de la expresión de agravios, pues aquel acuerdo implicó por sí mismo una manifestación de voluntad jurídicamente relevante y plenamente eficaz por lo que si intenta verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, en tanto constituye un proceder injusto, resulta inadmisible (CSJN, Fallos: 242-501; 249-51, entre muchos otros)

VIII. Con respecto a la fijación de canon locativo solicitado por R., la sentencia de grado decretó la extemporaneidad del planteo introducido al respecto.

Adelanto que corresponde desestimar el agravio expresado sobre este aspecto, pues en el Capítulo IV del escrito de demanda no se reclama el canon locativo del inmueble de la calle ... y tan solo se menciona que la cochera ha sido alquilada, sin formularse un reclamo concreto, ni tampoco surge este reclamo concreto del petitorio (ap. X del mismo escrito, fs. 115)

Ello sin perjuicio de señalar, que la fijación del canon locativo excede el marco de este proceso y debe ser incoado por la vía y forma correspondiente.

IX. Finalmente, ambos apelantes cuestionan la imposición de costas por su orden.

Existen supuestos en que el principio objetivo de la derrota cede frente al examen de la conducta de las partes, la que debe ser analizada por el magistrado según su arbitrio, dentro de los límites impuestos por el marco normativo (Highton-Areán, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. II, p. 66)

Se aplica al caso la pauta genérica que autoriza la eximición de costas, dada la naturaleza y complejidad de las cuestiones debatidas y a las particularidades del caso (art. 68 ap. 2do Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)

Por ello, propongo asimismo se confirme la sentencia también en este punto.

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1°) Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide. 2°) Con costas de Alzada en el orden causado (art. 68 2do. Párrafo).

Así lo Voto.

La doctora *Barbieri* adhiere al voto precedente.

Se deja constancia que la doctora Beatriz A. Verón no interviene en el presente por encontrarse en uso de licencia (Art. 109 RJN).

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal resuelve: I. Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide. II. Imponer las costas de Alzada en el orden causado. III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. IV. Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Gabriela Scolarici. — Patricia Barbieri.*

Thomson Reuters

Cuestiones vinculadas a la liquidación de la sociedad conyugal

Alejandro F. Bosch Madariaga (h.)

Sumario: I. El caso.— II. Conclusión.

I. El caso

La sentencia hizo parcialmente lugar a la demanda articulada por P. R. contra M. A. S., declarando disuelta la sociedad conyugal que debe realizarse sobre los bienes de carácter ganancial:

1) Declara el carácter ganancial del inmueble ubicado en calle Arenales XX y su cochera, los bienes muebles de la finca mencionada y el pasivo de la liquidación de expensas de dicho inmueble.

2) Rechaza el pedido de recompensa de los frutos percibidos por la Sra. S. entre los años 2003-2005, por una deuda por alimentos percibidos por la Sra. S.

3) Hace lugar a la atribución de la vivienda como exenta del proceso liquidatorio hasta que V. R. cumpla la mayoría de edad.

Contra dicho pronunciamiento apelan y expresan agravios ambas partes.

El Tribunal declara desierto el recurso, explica, los requisitos que debe reunir una expresión de agravios, por una parte, se debe expresar el perjuicio que se le infiere a la quejosa, y que provenga de errores de la sentencia, se deben aportar razonamientos consistentes que demuestren argumentalmente los errores del juzgamiento que se le atribuye a la sentencia.

La expresión de agravios es una carga procesal, debe contener para que sea viable una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocados.

No es suficiente discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista.

El apelante no indicó cual es el agravio, ni preciso punto por punto, los pretendidos errores omisiones o deficiencias que se le atribuyen a la sentencia.

No son pocas las veces que el Tribunal, pese a que no se reúnen los requisitos y formalidades propias de una expresión de agravios los trata dada la importancia de la cuestión a resolver.

I.1. Primer agravio

El actor solicita la recompensa por la venta del inmueble sito en Av. San Martín, de carácter propio, en la suma de USD 95.000 (conf. escritura xx) la venta se concretó durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Aduce que dicho importe se trató de un aporte propio sin reinversión probada.

Se cita el art. 491, Cód. Civ. y Com.

El *a quo* rechaza lo peticionado fundándose en el art. 492, Cód. Civ. y Com.

Destaca la Alzada que el actor manifestó que luego adquirieron el inmueble de Arenales XXX en la suma de USD 330.000, abonado con un préstamo hipotecario, dinero ahorrado por ambos cónyuges, y un préstamo de su padre (del actor) por la suma de USD 95.000 y que una vez vendido el inmueble de la calle San Martin se canceló el préstamo de su padre.

Thomson Reuters

Hace referencia la Sala a que el actor reconoce que la venta del inmueble sito en Av. San Martín fue utilizada para cancelar la deuda con su padre, lo que no puede inferirse es que esa deuda con el padre hubiese sido invertida en el departamento de carácter ganancial, ya que no se encuentra documentado.

En definitiva, el Sr. X no probo debidamente que los $95.000 fueron reinvertidos en el inmueble de Arenales XXX.

El segundo párrafo del art. 491 dice: "Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, se presume, salvo prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad".

En cuanto al art. 492, Cód. Civ. y Com. dice: "La prueba del derecho incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio".

Vemos que el cónyuge que pide la recompensa tiene la carga de probar el carácter propio del inmueble sito en Arenales XXX objeto de la revisión.

La postura que adoptó el Cód. Civ. y Com. consiste en que el cónyuge que pide la recompensa debe demostrar el carácter propio de los fondos, y quien se opone tiene la carga de probar su afirmación.

En caso de reinversión de fondos propios que no tuvieron un destino demostrable, rige una presunción *iuris tantum* de que dichos bienes propios se utilizaron para afrontar gastos de la comunidad.

En el fallo en análisis consideramos acertada la resolución de ambas instancias.

La esencia del problema radica en que el actor no probó que la deuda con su padre fue invertida para la compra del departamento de carácter ganancial (Arenales XXX). La venta de la finca de la calle San Martín, tan solo se utilizó para cancelar una deuda con su padre.

El accionante disponía de cualquier medio de prueba para acreditar su derecho a recompensa. Incluso la prueba testimonial por el ofrecida no resultó lo suficientemente contundente. En su parte pertinente, el fallo dice "no logra formar convicción respecto al acontecimiento de los hechos que se pretendieron probar pues el testigo afirma que aquellos han llegado a su conocimiento por los dichos del actor".

Tampoco conocemos el motivo por el que el padre prestó la suma en cuestión, ¿para saldar deudas de la comunidad, cuestiones puramente personales del demandante?

Incluso el actor debió recurrir a la prueba confesional, medio probatorio que no es aceptado para probar el carácter propio o ganancial respecto a terceros (art. 466), pero sí para la situación en curso.

Terminando el presente agravio, estimamos que no se logró ni siquiera despertar la más mínima presunción, indicio que hayan permitido un resultado distinto al pretendido por el agraviado.

I.2. Segundo agravio

La sentencia "[h]ace lugar a la atribución de la vivienda como exenta del proceso liquidatorio hasta tanto V. R. cumpla la mayoría de edad". Menciona la sala que resulta inoficioso.

Haremos una breve referencia al punto en cuestión.

Pudo haberse realizado un convenio regulador entre los cónyuges (art. 439, Cód. Civ. y Com.).

El art. 443: "Atribución del uso de la vivienda pautas". El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas entre otras: "a) la persona a quien se atribuye el cuidado personal de los hijos".

El juez es el que en definitiva determinará a quien se atribuye la vivienda.

Tendrá en cuenta quién se queda a cargo de los hijos y las posibilidades económicas de adquirir una.

Thomson Reuters

El precepto es acorde con los tratados de jerarquía constitucional CDN, se tiene en cuenta el "interés superior del niño".

I.3. Tercer agravio

Se agravia el actor con la declaración del carácter ganancial de los bienes muebles ubicados en el inmueble de la calle Arenales.

Con buen criterio la sala manifiesta que el agraviado no rebate adecuadamente los fundamentos dados en la sentencia de grado. Se le autorizó al agraviado el retiro de los bienes inventariados, pero no lo concreto.

De la lectura del fallo se desprende que el planteo del actor escapa a lo jurídico, se limita a manifestar tan solo que la demandada nunca permitió el retiro de los muebles.

Es correcta la decisión de la sala, se debe tener en cuenta que "[e]l interés es la medida de la acción" y el no urgir el retiro de los muebles, ronda en su perjuicio.

I.4. Cuarto agravio

Se agravia el actor de la declaración del carácter ganancial del pasivo que surja de la liquidación de expensas del inmueble de la calle Arenales XX imputando a la comunidad el pago de esa deuda y que se reconoce una recompensa a favor de la demandada.

Aduce el agraviado que hasta mayo de 2006 las expensas se abonaron con fondos embargados sobre frutos de su parte inmovilizados en la cuenta del Banco Río y de una cuenta en el Banco Nación en autos XXX/ medidas precautorias.

La sentencia de 1ª Instancia sostiene que la demandada con un préstamo del Dr. XX canceló una deuda por expensas. Hecho que fue reconocido por el actor.

También expresa la juez de Grado que las sumas embargadas al actor fueron afectadas al pago de una deuda por expensas anteriores.

Expresa la sala que al respecto el agraviado no dijo nada.

Debemos destacar que, en el presente agravio, hubo un reconocimiento por parte del actor del préstamo que recibió la demandada. Para cancelar la deuda por expensas.

Destaca el Superior la contradicción en la que incurrió el actor ya que en el acuerdo celebrado en el incidente del régimen de visitas las partes acordaron afectar las sumas inmovilizadas para el pago de las obligaciones devengadas de los bienes de copropiedad.

Y si bien esas sumas se han utilizado para el pago de una deuda de expensas anterior a la aquí reclamada, lo coloca en una situación de contradicción con lo allí acordado y con la argumentación de la expresión de agravios.

Es acertado el fallo al establecer el carácter ganancial del pasivo por sumas adeudadas en concepto de expensas, El art. 455, Cód. Civ. y Com. dice: "Deber de Contribución: Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos...".

Queda claro que tanto el actor como la demandada deben contribuir —en este caso afrontar la deuda por expensas—.

Es tan importante este tipo de contribución que es aplicable tanto al régimen de comunidad, al de separación de bienes. Rige en el régimen primario.

Incluso rige para las uniones convivenciales en el art. 505, Cód. Civ. y Com.

Lo expuesto se vincula con el art. 461, Cód. Civ. y Com. que en su parte pertinente dice: "Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar...".

En los preceptos mencionados radica el motivo por el que el pasivo de las expensas es ganancial.

Respecto a la recompensa a favor de la demandada, se debe a que ella debió pedir un préstamo que debe ser satisfecho con el Dr. XX.

Thomson Reuters

I.5. Quinto agravio

Respecto al canon locativo el pedido resulta extemporáneo, corresponde desestimar el agravio expresado, solo menciona que la cochera fue alquilada sin un reclamo concreto, se señala que el tema excede el marco de ese proceso.

En cuanto a este agravio, a diferencia del art. 211 del Cód. de Vélez en el que se establecía una renta que debía abonar el cónyuge que se quedaba en este si era propio del que se retiraba. Con el Cód. Civ. y Com. no distingue si se trata de un bien propio o ganancial, en ambos supuestos corresponde el pago de una renta.

II. Conclusión

El fallo resulta ilustrativo, trata cuestiones complejas. Demuestra la necesidad de asesoramiento jurídico preventivo a fin de evitar conflictos futuros en el matrimonio.

Thomson Reuters

ALIMENTOS EXTRAORDINARIOS

Actividades extraprogramáticas. Pago del viaje de egresados. Obligación que recae en ambos progenitores.

Con nota de Jorgelina Guilisasti

> Teniendo en cuenta la edad de la niña y la naturaleza del reclamo, el costo correspondiente al viaje de egresados por finalización de la escuela secundaria encuadra dentro de la noción conceptual de alimentos extraordinarios, debiendo ser afrontado por ambos progenitores.

CNCiv., sala H, 04/11/2019. - N., G. A. s/ ejecución de alimentos - Incidente.

[Cita on line: AR/JUR/58147/2019]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 4 de 2019.

Considerando:

Vienen estos autos a la Alzada para resolver la apelación interpuesta a fs. 37 por la parte demandada, concedida a fs. 38, contra el decisorio de fs. 34/6.- El memorial luce a fs. 39/40 y no fue contestado. A fs. 57/8 dictaminó la Sra. Defensora de Menores de Cámara.

I. Del análisis de las constancias obrantes en autos resulta que a fs. 95 del proceso seguido entre las mismas partes sobre alimentos (Expte. N° 61.751/2014), las partes acordaron fijar como alimentos definitivos a favor de la menor y a cargo del padre, el pago total de la cuota mensual y matrícula del establecimiento educativo. Asimismo, también es a cargo de éste el gasto del uniforme y útiles que demanden los estudios escolares al comienzo del año lectivo. También asumió como gasto extraordinario el pago de una de las actividades extra-programáticas que realiza el colegio durante el año y de acuerdo a lo que surge del expediente que en este acto se tiene a la vista sobre modificación de alimentos (Expte. N° 56102/2018/1), se estipuló adicionalmente, una cuota mensual de $15.000 (ver fs. 27 de dichas actuaciones).

En el escrito de demanda la actora reclama que el padre de la menor asuma el costo del viaje de egresados de su hija a realizar en quinto año del secundario a la Ciudad de Porto Alegre, Brasil. Funda su reclamo en que el viaje en cuestión es una actividad extra programática que realiza el colegio al que concurre N., por lo que el demandado se encuentra obligado a soportarlo en forma exclusiva de conformidad con los términos del citado acuerdo. Corrido el pertinente traslado el demandado pide el rechazo del planteo.

A fs. 34/6, la magistrada de grado dictó el decisorio ahora recurrido, encuadrando el planteo efectuado en que se trata de cuota alimentaria extraordinaria, razón por la cual el demandado debe abonar el 50 % del gasto del viaje de egresados de su hija.

Se agravia el recurrente por considerar que la juez *a quo* se contradijo al admitir el planteo puesto que, por un lado consideró que los alimentos extraordinarios responden a necesidades impostergables y luego de ello, encuadró el planteo en dicho instituto.

II. Así planteada la cuestión, cabe señalar primeramente, como es sabido, que la cuota alimentaria se fija para atender a las necesidades ordinarias de la vida, es decir a las que se suceden regularmente de acuerdo a las circunstancias del alimentado al momento de fijarla. Sin embargo, en el curso de la vida, pueden subvenir necesidades que no aparecen cubiertas por la cuota ordinaria, por cuanto no fueron previstas al momento de establecerla. Basado en ello, se considera procedente, reclamar una cuota extraordinaria de alimentos para enfrentar dichas necesidades sobrevinientes (conf. Bossert, Gustavo "Régimen Jurídico de los Alimentos", Edit. Astrea, 2ª Edic. actualizada, p. 537).

En efecto, la cuota extraordinaria se halla destinada a satisfacer en forma concreta determinadas necesidades del alimentado originadas en gastos imprevistos y también aquellos que fueran previsibles, pero que no acostumbran a suceder asiduamente (v. Campos, Roberto D., "Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores", Hammurabi, ps. 172/173).

En este orden de ideas, esta Sala en un caso análogo al presente ha sostenido que teniendo en cuenta la edad de la niña y la naturaleza del reclamo, el costo correspondiente al viaje de egresados por finalización de la escuela secundaria, encuadra dentro de la noción conceptual de alimentos extraordinarios, debiendo ser afrontado por ambos progenitores (Cfr. "C., K. A. c. Q., C. M. s/ alimentos" (Expte. N° 59920/2007) de fecha 23/02/2012).

Por las razones dadas, y teniendo asimismo en cuenta lo dictaminado a fs. 57/8, se mantendrá el decisorio.

IV. Las costas de la Alzada se impondrán en el orden causado atento la falta de contradictorio (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Thomson Reuters

Por las consideraciones precedentes y dictamen de fs. 57/8 de la Sra. Defensora de Menores de Cámara, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución de fs. 34/6; 2) Imponer las costas en el orden causado. Regístrese y notifíquese a las partes y a la Sra. Defensora de Menores de Cámara. Cumplido comuníquese al CIJ (AC. 15/2013 y 24/2013 CSJN). Oportunamente, devuélvase las actuaciones. — *José B. Fajre.* — *Liliana E. Abreut de Begher.* — *Claudio M. Kiper.*

Una cuestión recurrente: el viaje de egresados, ¿es una cuota alimentaria extraordinaria?

Jorgelina Guilisasti (*)

Sumario: I. El caso.— II. Alimentos extraordinarios.— III. El viaje de egresados.— IV. Un recorrido por la jurisprudencia.— V. Otras cuestiones a tratar.— VI. Conclusión.

I. El caso

En un convenio alimentario celebrado por los progenitores, se acordó como cuota alimentaria definitiva a favor de la hija menor de edad y a cargo del padre, el pago total de la cuota mensual y matrícula del establecimiento educativo, como también el gasto del uniforme y útiles que demanden los estudios escolares al comienzo del año lectivo. Como gasto extraordinario, el alimentante asumió el pago de una de las actividades extraprogramáticas que realiza el colegio durante el año. En una modificación posterior del mencionado convenio, se estipuló adicionalmente una cuota mensual de $ 15.000.

Ante la proximidad del viaje de egresados de la hija adolescente por la finalización del ciclo secundario, la progenitora solicita el pago de la totalidad del mencionado viaje a Porto Alegre (Brasil), a lo que el alimentante se opone. La progenitora pretende el pago total del mencionado viaje, en virtud de la cláusula referida al gasto extraordinario.

En primera instancia se le impone el pago del 50% del costo del viaje de la hija, como cuota alimentaria extraordinaria, decisión que es apelada por el alimentante.

La alzada confirma la resolución recurrida, considerando que el viaje de egresados de la escuela secundaria consiste en gasto extraordinario, dado que tiene como finalidad satisfacer "necesidades que no aparecen cubiertas por la cuota ordinaria, por cuanto no fueron previstas al momento de establecerla".

II. Alimentos extraordinarios

Los llamados alimentos extraordinarios constituyen el objeto de reclamos frecuentes a los progenitores, en los tribunales de familia de todo el país.

Se los puede definir como aquellos que derivan de necesidades que no fueron previstas al momento de establecerse el monto de la cuota ordinaria. Esto sucede porque, al ser sobrevinientes, no pueden ser cubiertas con lo fijado

(*) Profesora adjunta ordinaria de Derecho de Familia (FCJS - UNL). Profesora protitular de Derecho de Familia (Facultad Teresa de Ávila, UCA, sede Paraná).

Thomson Reuters

para atender las necesidades ordinarias del alimentista **(1)**.

Los caracteres de los alimentos extraordinarios, por lo tanto, son los siguientes:

- son posteriores a la determinación de la cuota ordinaria;

- no se tuvieron en cuenta al fijarse la cuota ordinaria;

- exigen la demostración de su necesidad **(2)**;

- deben acreditarse.

La forma para peticionarlos es la vía incidental **(3)**, pero entendemos que, cuando se solicita la determinación de la cuota alimentaria por primera vez, nada impide que se acumule a la petición principal, para que el juez lo resuelva en la sentencia que fija los alimentos ordinarios **(4)**.

Para el análisis del fallo comentado, nos limitaremos a abordar esta figura en relación con los alimentos derivados de la responsabilidad parental, dejando de lado otras fuentes de obligación alimentaria como el parentesco o el matrimonio, por el objeto del reclamo —viaje de egresados—. En consecuencia, debe tenerse en cuenta que los alimentos derivados de la responsabilidad parental tienen una extensión mayor de rubros a cubrir y no requieren de prueba de la necesidad ni de la falta de medios del alimentado **(5)**, aunque deben ser acreditados por el progenitor o por el hijo que los reclama, ya que no se presumen **(6)**.

Desde esta perspectiva, los alimentos extraordinarios no deben confundirse con gastos que son ordinarios, pero no frecuentes (como la ropa de los hijos por el cambio de estación, la adquisición de útiles escolares al inicio de cada ciclo lectivo, etc.), que se pueden presentar en ciertas épocas del año o en virtud de otras situaciones previsibles, periódicos y frecuentes, que permiten su estimación al momento de establecerse la cuota ordinaria **(7)**. Aun cuando no se trate de gastos permanentes como los derivados de la vivienda, la alimentación, el traslado, la cuota del colegio, entendemos que son gastos frecuentes y previsibles, que están incluidos en la cuota ordinaria, pese a denominarse con frecuencia "extraordinarios" en los acuerdos sobre cuota alimentaria. Este era el contenido de la cláusula del convenio celebrado entre los progenitores por el cual el alimentante asumió como gasto extraordinario el pago de una de las actividades extraprogramáticas que realiza el colegio durante el año.

Es decir, el progenitor asumía el pago de las actividades extracurriculares que en el futuro organizara la institución educativa a la que concurría su hija, dentro de las cuales no se encuentra incluido el denominado viaje de estudio, como entendió con acierto y criterio razonable el juez de grado.

Por esa razón, el viaje de egresados organizado en virtud de la finalización de la escuela secundaria de la hija en común no podía encuadrarse en la pretensión de la madre, como actividad extracurricular de la escuela para que los gastos generados por el evento sean soportados por el progenitor en su totalidad.

---

(1) BOSSERT, G., "Régimen jurídico de los alimentos", Astrea, p. 485.

(2) Sin embargo, cuando derivan de la responsabilidad parental, no se requiere de esta prueba.

(3) BOSSERT, G., op. cit., p. 499. El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia prevé la tramitación por incidente en el art. 574, al igual que la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos (art. 155; ley 10.668).

(4) CNCiv., Sala F, 21/08/2018, "C. M. A. y otros c. R. L. N. y otro s/ alimentos"; MJ-JU-M-113992-AR | MJJ113992 | MJJ113992.

(5) TORDI, N. - DÍAZ, R. - CINOLLO, O., "Alimentos derivados de la responsabilidad parental", en Alimentos, T. I (directoras Kemelmajer, A. y Molina de Juan, M.), Rubinzal Culzoni, p. 102.

(6) En este sentido, se resolvió: "Hacer lugar al pedido de alimentos extraordinarios, estableciéndose el pago por la alimentante del 50% de los costos del viaje de egresados del hijo previa acreditación por parte del actor con la documentación correspondiente" CNCiv., Sala F, 21/08/2018; "C. M. A. y otros c. R. L. N. y otro s/ alimentos"; MJ-JU-M-113992-AR | MJJ113992 | MJJ113992.

(7) Bossert sostiene que pueden considerarse excluidos de la cuota ordinaria si del convenio o de la sentencia que la fija no surge lo contrario (ob. cit., p. 498).

Thomson Reuters

Sin embargo, correspondía considerar esta erogación como cuota extraordinaria no prevista, ya que resulta evidente que no se incluyó en ninguno de los acuerdos alimentarios celebrados por los padres.

III. El viaje de egresados

Una vez caracterizados los alimentos extraordinarios debidos por los padres a los hijos que tienen como fuente la responsabilidad parental, corresponde interrogarnos: ¿el viaje de egresados de la escuela primaria o secundaria constituye un gasto extraordinario?

En general, la jurisprudencia le ha asignado esta naturaleza en numerosos antecedentes, por lo que, en principio, consideramos que los gastos derivados del viaje de egresados tienen esa naturaleza, al menos, en determinados sectores sociales de nuestro país.

Para corroborar lo sostenido por la mencionada tendencia judicial, nos formulamos otra pregunta que permita dilucidar esta cuestión, ¿constituyen una erogación no prevista generada por el hijo que deba satisfacerse por parte de ambos progenitores?

Es evidente que la respuesta no es unívoca.

Desde la perspectiva de desarrollo personal del NNA, aún dentro de la amplitud de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental, el viaje de egresados no parece ser una "necesidad" insoslayable que deba ser afrontada por el progenitor que no participó en la decisión. Consideramos que no tiene la misma relevancia para el alimentado en comparación con otros gastos no frecuentes, como sucede con una intervención quirúrgica, un tratamiento médico, una rehabilitación o una preparación especial del hijo para determinados estudios **(8)** o actividades artísticas o deportivas.

En este sentido, es usual que el alimentante argumente la falta de necesidad del gasto en la crianza de su hijo, para eximirse de su obligación, dado que estos viajes no son obligatorios ni tienen una finalidad educativa.

Sin embargo, desde la perspectiva del contexto social en el que se desenvuelve el NNA, el mencionado viaje de estudios es una experiencia que se presenta como ineludible en un sector social de nuestro país.

Al respecto, se lo encuadra como un gasto derivado de la recreación y esparcimiento de los NNA, rubro comprendido dentro de los alimentos debidos a los hijos menores de edad, que continúa a favor de los hijos mayores de 18 años hasta la edad de 21 años si no trabajan (art. 658, Cód. Civ. y Com.) **(9)**.

Por otra parte, como sucede en todas las cuestiones derivadas de la responsabilidad parental, debe prevalecer el interés superior del niño, descripto como la máxima satisfacción de sus derechos, cuya fuente convencional y constitucional se encuentra en el art. 3.1, CDN y en el art. 75, inc. 22 CN **(10)**

Como ya se anticipó, la asistencia debida por los progenitores a los hijos menores de edad tiene su fuente en la responsabilidad parental y por ende debe procurar la máxima satisfacción de los derechos de los NNA (art. 659, Cód. Civ. y Com.) **(11)**.

(8) El apoyo escolar se considera comprendido dentro de la cuota ordinaria, como también la preparación de exámenes de idiomas, por lo que el carácter de extraordinario, en este caso, debe darse por la falta de previsibilidad y de estimación debido a circunstancias excepcionales del hijo. Al respecto, no se han considerado extraordinarios los gastos de preparación para rendir un examen internacional de inglés (CNCiv.; Sala I; 20/12/2019, "A. G. A. y otro c. D. R. L. A. s/ alimentos"; MJ-JU-M-122926-AR | MJJ122926 | MJJ122926).

(9) Art. 658, Cód. Civ. y Com. Regla general. Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

(10) JAUREGUI, R. G., Responsabilidad parental, Rubinzal-Culzoni, p. 37.

(11) Se ha sostenido para resolver este tipo de reclamo: "Que atento a lo antes dicho corresponde a los progenitores velar por la satisfacción integral de las necesidades alimentarias de los hijos y responder por los gastos ordinarios o extraordinarios que se originen en aras de la realización de su interés superior entendido este como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus de-

Thomson Reuters

Esta amplitud del contenido de la prestación alimentaria debida a los hijos menores de edad **(12)** es lo que justifica que, dentro de cuota alimentaria extraordinaria, quede comprendido el denominado viaje de estudios, que se programa para la finalización del ciclo primario y secundario en numerosas comunidades educativas del país. Este gasto se considera incluido dentro del rubro esparcimiento **(13)**.

Si bien las autoridades educativas de las distintas jurisdicciones de nuestro país no contemplan estos viajes dentro de las actividades curriculares o extracurriculares de los alumnos de la escuela primaria o secundaria, lo cierto es que los progenitores los organizan ante la culminación de las dos etapas mencionadas de la educación formal.

Por lo tanto, desde la mirada familiar acorde a su medio social, vivir esa experiencia con sus compañeros de la escuela es una costumbre que se considera positiva para los NNA y se reitera desde hace varias décadas en nuestro país.

Cabe agregar que se encuentran legitimados para reclamar los alimentos extraordinarios el otro progenitor en representación de su hijo menor de edad, el hijo menor de edad si tiene madurez suficiente, cualquier pariente o el Ministerio Público (art. 661, Cód. Civ. y Com.) **(14)**. También se encuentra legitimada cualquier persona que acredite tener al NNA bajo su cuidado **(15)**.

IV. Un recorrido por la jurisprudencia

Cabe revisar, entonces, algunos fundamentos manifestados por la jurisprudencia para admitir el reclamo que solicita la atención de este gasto como cuota alimentaria extraordinaria por parte del alimentante.

En este sentido, se ha sostenido: "el argumento esgrimido por el alimentante acerca de que el viaje que realizara su hija en agosto de 2015 no se encuentra reconocido y/o avalado por el Consejo General de Educación, no puede ser admitido debido a que, los gastos extraordinarios se encuentran en cabeza de ambos progenitores y son comprensivos de diversos rubros entre los que se encuentra también un viaje de esparcimiento como el llevado a cabo por la alimentista, viaje que por lo demás, no puede ser considerado 'de lujo' puesto que es del tipo que año a año se realiza en todos los establecimientos educativos, acorde al nivel de la institución en la que sus padres deciden formar y educar a sus hijos. Enseñan Lloveras, Orlandi y Tavip que, '...[c]on relación al esparcimiento como deber alimentario se entronca en una concepción de

rechos y su mínima restricción, debiendo prevalecer el interés del niño o adolescente cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de estos y los de los adultos. Recordemos que la C.D.N. colocó el interés superior del niño como principio de aplicación constitucional obligatorio, debiendo definirse en cada caso concreto este máximo interés e interpretarse de la manera más amplia para abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles, garantizando así una protección mayor a los niños" JFamilia Paraná N° 1; 20/02/2017, "R. M. F. en rep. de su hija menor c. K. R. F. s/ incidente alimentos extraordinarios"; La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/2759/2017.

(12) Art. 658, Cód. Civ. y Com. Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

(13) LLOVERAS, N. - ORLANDI, O. - TAVIP, G., Tratado de Derecho de Familia - T.IV; Dir. KEMELMAJER, HERRERA, LLOVERAS; Rubinzal Culzoni, p.161; TORDI, N., DÍAZ, R. - CINOLLO, O., ob. cit., p. 115.

(14) Art. 661, Cód. Civ. y Com. Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: a) el otro progenitor en representación del hijo; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

(15) El art. 124º de la LPF de la Pcia. de Entre Ríos dispone: "Sin perjuicio de otros legitimados para reclamar alimentos por diferentes causas, se encuentran legitimados para reclamar alimentos a favor de los hijos: 1) Si se trata de una persona menor de edad, los representantes legales, toda persona que acredite fehacientemente tener al niño bajo su cuidado y el Ministerio Público. La persona menor de edad, con edad y grado de madurez suficiente puede reclamar con patrocinio letrado. Si se trata de alimentos fundados en la Responsabilidad Parental, en el mismo proceso se puede demandar a los abuelos y demás legitimados pasivos, de conformidad con lo dispuesto en el Título VII del Código Civil y Comercial; ...".

Thomson Reuters

formación integral de la persona en todos los aspectos de su desarrollo físico y psíquico...'" **(16)**.

En un dictamen que los Vocales de la Cámara Segunda de Apelaciones de la ciudad de Paraná reproducen como fundamentos de la sentencia que confirma la decisión de disponer el pago de este gasto extraordinario, el representante del Ministerio Público de la Defensa propició "el rechazo del recurso sosteniendo en lo pertinente que en cuanto a la imprevisibilidad del gasto extraordinario no se incluyen solo los imprevistos sino los previsibles que no acostumbran a suceder asiduamente; y que el viaje de egresados si bien no es imprevisible al no ser una erogación periódica y permanente no cabe incluirlo dentro de la cuota ordinaria". Asimismo, el Defensor "fundamentó la necesidad de estos en el deber de asistencia amplio, incluyendo la educación y el esparcimiento" para concluir que, "atendiendo al nivel de vida de que gozaba la niña, debe considerarse al viaje de egresados como una necesidad específica que ambos progenitores deben satisfacer" **(17)**.

En Neuquén, la alzada consideró, para confirmar la sentencia que dispuso el pago del viaje de estudios lo siguiente: "Respecto de la cuota extraordinaria se ha dicho: 'Lo determinante, para fijar la cuota extraordinaria de alimentos, es que la necesidad que estos tienden a cubrir haya sido imprevisible al momento de establecerse la cuota ordinaria, o que, si bien era previsible, es un gasto que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, destinado a atender necesidades impostergables del acreedor alimentario quedando ello sujeto al prudente arbitrio judicial en función de la naturaleza de las circunstancias sobre las que se formuló el pedimento' (arts. 641, 647 del Cód. Procesal)" **(18)**.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, también entendió que se encuadran dentro cuota alimentaria, expresando: "Cabe señalar, primeramente, que la cuota alimentaria se fija para atender a las necesidades ordinarias de la vida, es decir a las que se suceden regularmente de acuerdo con las circunstancias del alimentado al momento de fijarla. Sin embargo, pueden subvenir necesidades que no aparecen cubiertas por la cuota ordinaria, por cuanto no fueron previstas al momento de establecerla. Basado en ello, se considera procedente, reclamar una cuota extraordinaria de alimentos para enfrentar dichas necesidades sobrevinientes" **(19)**.

En el fallo comentado de la Sala H, se considera que "la cuota extraordinaria se halla destinada a satisfacer en forma concreta determinadas necesidades del alimentado originadas en gastos imprevistos y también aquellos que fueran previsibles, pero que no acostumbran a suceder asiduamente", entendiendo que los gastos derivados del viaje de estudios de la adolescente encuadran dentro de estas necesidades. Se cita un antecedente de la misma Sala en la que se había sostenido: "teniendo en cuenta la edad de la niña y la naturaleza del reclamo, entiende esta Sala que el costo correspondiente al viaje de egresados por finalización de la escuela primaria, encuadra dentro de la noción conceptual de

(16) Juz. Flia. N.º 2, Dra. María Victoria Solari - Expte. N.º 19.173, Paraná, 27/03/2017, "K., V. en Rep. de su Hija Menor C. N., M. P. — Incidente Alimentos Extraordinarios". Esta sentencia fue confirmada por la alzada, con la cita del mismo antecedente de la Sala H: "Que la cuota extraordinaria de alimentos se halla destinada a satisfacer en forma concreta determinadas necesidades del alimentado originadas en gastos imprevistos y también aquellos que fueran previsibles, pero que no acostumbran a suceder asiduamente. En este orden de ideas, el costo correspondiente al viaje de egresados por finalización de la escuela primaria encuadra dentro de la noción conceptual de alimentos extraordinarios, debiendo ser afrontado por ambos progenitores". (Confr. CNCiv., Sala H, "C., K.A. y otros c. Q., C.M. S/ Alimentos" - 23/02/2012, Nro. Exp.: H591911; Sumario N°21787 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil)" - (Cám. 2ª. Ap., Paraná; Sala II, 8/11/2017). A estos fallos inéditos se puede acceder a través de la mesa virtual del poder judicial de la Provincia de Entre Ríos - Acceso público - https://mesavirtual.jusentrerios.gov.ar/

(17) A este fallo inédito se puede acceder por la mesa virtual del poder judicial de la Provincia de Entre Ríos - Acceso público - https://mesavirtual.jusentrerios.gov.ar, Sala III, "L. R. M. D. en Rep. de su Hija Menor c. F. J. L. S/ Incidente Alimentos Extraordinarios" - N.º 8354; 20/11/2015.

(18) CCiv. Com. Lab. y Min. Neuquén, Sala I; 2/02/2010, "V. C. G. c. T. V. L. H. G. s/ inc. elevación e/ A V. C. G. c. T. V. L. H. G. s/ aumento de cuota alimentaria"; MJ-JU-M-55782-AR | MJJ55782 | MJJ55782.

(19) CNCiv., Sala F, 21/08/2018, "C. M. A. y otros c. R. L. N. y otro s/ alimentos"; MJ-JU-M-113992-AR | MJJ113992 | MJJ113992.

Thomson Reuters

alimentos extraordinarios, debiendo ser afrontado por ambos progenitores" **(20)**.

En un extenso fallo que resolvió el reclamo referido a dos viajes de estudios organizados por la entidad educativa, se concluyó: "Que por todo lo reseñado conforme la prueba obrante en autos y aludida, los dos gastos por viajes a los cuales me he referido por su costo, por su falta de regularidad (no siempre se realizan) y por su suerte de imprevisibilidad exceden el gasto ordinario de educación ya que se refieren a eventos pautados por la escuela que tuvieron una finalidad recreativa, de camaradería, de diversión, y de afianzamiento de lazos entre los educandos distinta a la educativa o de enseñanza o formación propiamente dicha. Es por ello, que dichos viajes de estudios deben estimarse, no solo aconsejables, sino necesarios, por estar realizados por todo el curso y ser de difícil explicación no hacerlo por diferencias entre los progenitores, y son imprevisibles porque no tienen lugar en todos los centros ni en todos los cursos, y porque su costo excede inclusive el gasto escolar mensual" **(21)**.

En síntesis, podemos concluir que los viajes de estudios se consideran incluidos dentro de la amplitud de la prestación alimentaria debida por los progenitores a los NNA, como gasto de recreación o esparcimiento, que no se encuentra previsto en la cuota ordinaria o, en su defecto, no acostumbra a suceder por no ser una erogación periódica ni permanente.

Esta conclusión puede sostenerse, sin embargo, dentro de un contexto socioeconómico que no implique un esfuerzo desmesurado para el alimentante, por lo que no es una afirmación categórica que impida analizar cada caso en concreto.

Es importante advertir que, de la simple observación de la realidad se puede deducir que numerosas familias resuelven abdicar del viaje de estudios de sus hijos por motivos económicos. Esta decisión que se toma en conjunto durante la convivencia es más compleja si los progenitores no conviven, por la dificultad de mantener un diálogo referido a los hijos y su crianza, si tienen una mala relación.

V. Otras cuestiones a tratar

Cabe agregar dos interrogantes referidos a la cuota alimentaria extraordinaria solicitada para solventar los gastos del viaje de egresados.

El primero se refiere a la decisión del gasto; ¿puede eximirse el progenitor que alega no haber sido consultado previamente?

En líneas generales, Bossert sostiene que no haber consultado al alimentante previamente, no es obstáculo para el reclamo de la cuota alimentaria, si se trata de una necesidad médica, odontológica o de otra índole **(22)**.

Es muy frecuente que este reclamo se realice luego de haber tomado la decisión e incluso luego de haber asumido y cancelado la erogación, por lo que la defensa esgrimida por el progenitor demandado es no haber sido informado para participar de la decisión u oponerse con la debida antelación **(23)**.

Consideramos que, en el caso particular del viaje de estudios, en situaciones especiales, se puede eximir al alimentante del pago, por no haber consultado su opinión antes de generar el gasto, si demuestra que le resulta imposible afrontarlo por circunstancias como pérdida de trabajo, salud o haber comprometido su patrimonio a otra erogación, situaciones que le impidieron realizar las previsiones del caso con la debida antelación.

(20) CNCiv., Sala H; 23/02/2012, "C. K. A. y otros c. Q. C. M. s/ alimentos"; MJ-JU-M-73882-AR | MJJ73882 | MJJ73882.

(21) Se recomienda la lectura de este fallo por el minucioso análisis de los alimentos extraordinarios en sus fundamentos, aunque no se trate de viajes de egresados, sino de viajes organizados por la entidad educativa; JFamilia Paraná N° 1; 20/02/2017, autos: "R. M. F. en rep. de su hija menor c. K. R. F. s/ incidente alimentos extraordinarios", La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/2759/2017.

(22) BOSSERT, G., op. cit., p. 497.

(23) En la sentencia "R. M. F. en rep. de su hija menor c. K. R. F. s/ incidente alimentos extraordinarios" se reclama un viaje ya realizado y otro programado, por lo que al primero la jueza lo encuadra como coparticipación (JFamilia Paraná N° 1; 20/02/2017; La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/2759/2017).

Thomson Reuters

Por otra parte, al ser un gasto de recreación o esparcimiento, no es urgente y puede ser abordado con anticipación, para que ambos progenitores participen de la decisión y, sobre todo, evalúen la forma en que solventarán este gasto, que suele ser elevado.

De todas maneras, esta eximición debe ser considerada excepcional y de carácter restrictivo, dado que, como se sostuvo, en un sector social determinado, es un gasto extraordinario frecuente y comúnmente aceptado. Por lo tanto, aún sin haber consultado al otro progenitor, se presume que su aporte se encuentra justificado por los alcances de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental.

El último interrogante se refiere a la distribución del gasto: ¿se debe afrontar por partes iguales?

Si no se ha pactado de otra manera previamente, lo usual es que los jueces distribuyan esta erogación en partes iguales en cabeza de ambos progenitores, como surge de toda la jurisprudencia citada en este trabajo, sin excepción. En este sentido, se ha resuelto: "Si bien los gastos fueron soportados en su oportunidad por la madre tratándose de una situación extraordinaria, resulta acertado tratarla como una cuota de ese tipo, pero en mérito a principios de equidad, prudencia y contribución a la crianza de los hijos menores corresponde que cada uno de los progenitores afronte una parte proporcional del monto total reclamado, recayendo el 50% en el padre y el esto en la madre" **(24)**.

(24) En este caso, en primera instancia se condenó al alimentante a pagar el 100% del costo del viaje, decisión que fue revisada por la alzada para reducir su aporte al 50% (CCiv. Com. Lab. y Min., Neuquén; Sala I; 2/02/2010, "V. C. G. c. T. V. L. H. G. s/ inc. elevación e/ A V. C. G. c/ T. V. L. H. G. s/ aumento de cuota alimentaria". MJ-JU-M-55782-AR | MJJ55782 | MJJ55782).

Esta fue la decisión de la jueza de grado, que la progenitora peticionante consintió, pese a que había solicitado que el alimentante afrontara la totalidad del costo del viaje en virtud de considerar que se encontraba pactado en el primer convenio alimentario celebrado.

Si bien la división de la erogación por mitades es la regla más seguida tanto en los convenios como en las resoluciones judiciales, es solo una pauta que puede tener sus excepciones.

En este caso, de acuerdo con las condiciones del alimentante y a los aportes de cada progenitor, puede distribuirse de otra manera, ya sea en proporciones desiguales o afrontando diferentes erogaciones generadas por el viaje.

VI. Conclusión

En definitiva, los gastos derivados de los viajes de egresados son considerados alimentos extraordinarios, por lo que corresponde que sean soportados por ambos progenitores.

Si bien la jurisprudencia sostiene este criterio, hemos realizado algunas observaciones referidas a la necesidad del gasto, a la consulta previa y a la distribución de los aportes de cada progenitor, en virtud del costo de esta erogación.

Thomson Reuters

ALIMENTOS EN LA QUIEBRA

Verificación de los alimentos adeudados de fecha anterior a la quiebra. Embargo por alimentos provisorios en el haber previsional. Facultades del juez del concurso.

Con nota de Juan Javier Negri

1. — Los alimentos adeudados de fecha anterior a la quiebra por el alimentante fallido —en el caso, el abuelo— deben ser objeto de verificación y cobro a través de los mecanismos que establece la LCQ.

2. — La declaración de quiebra del alimentante —en el caso, el abuelo— no conlleva el cese ni la suspensión de la obligación alimentaria, por lo que no afecta la posibilidad de embargar el haber previsional de aquel no sujeto al desapoderamiento en concepto de alimentos de los niños involucrados, pues la cuota alimentaria se devenga mes a mes, y es una obligación legal imprescriptible e irrenunciable.

3. — La sentencia que mandó al juez de la quiebra del alimentante —en el caso, el abuelo— ordenar al IPS cumplir con la traba del embargo en el haber previsional de aquel por alimentos provisorios, debe ser revocada, pues la parte de los ingresos del fallido que no está alcanzada por el desapoderamiento, no puede ser manejada por el juez de la quiebra, máxime cuando se trata de deudas posfalenciales.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala I, 28/05/2019. - H. L. B. c. L. M. A. s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/18167/2019]

2ª Instancia.- La Plata, mayo 28 de 2019.

Considerando:

I. La juez *a quo* a fs. 120 en lo que aquí interesa decidió que, atento que el IPS informó que no puede efectivizar el embargo sobre los haberes previsionales del abuelo L. M. A. por hallarse en quiebra, autos en trámite ante el Juzgado Civil y Comercial N° 7, deberá la peticionante "a los fines de presentarse en la misma, practicar la correspondiente liquidación por alimentos atrasados".

II. Contra esta decisión se alza la Sra. H. mediante revocatoria con apelación en subsidio, de fs. 121/122 vta. La primera es rechazada y concedida la segunda a fs. 123, aclarado a fs. 129.

Se agravia la actora por considerar que no tiene que concurrir a la quiebra que ha sido solicitado por el propio L. Que mandar a practicar la liquidación a la quiebra condena a los menores pues allí se imposibilita al quebrado disponer de sus bienes. Agrega que esta decisión viola el derecho a comer de los menores, que es urgente, y que el derecho de los niños es jerárquicamente superior al de los acreedores concursales. Considera que es competente el juez de familia pues es quien debe velar por el interés de los menores.

Subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad de la ley 24.522 y modificatoria, que sólo menciona la deuda alimentaria que se le debe al propio fallido, omitiendo dicho texto legal las necesidades y urgencias de aquellos a quienes el propio quebrado debe proteger. Solicita se libre oficio al IPS para que deposite los alimentos provisorios vigentes en la cuenta alimentaria de autos.

No obstante el recurso practica liquidación de los alimentos adeudados a fs. 128.

La Asesora de Menores dictamina a fs. 133 que encontrándose en juego el derecho alimentario de los menores debe confirmarse la resolución apelada.

III. El 23 de Abril de 2018 el juez del juzgado N° 7 decretó la quiebra de M. A. L., DNI...., por lo que se produjo el desapoderamiento de los bienes del fallido, se dispuso la entrega directa de los bienes al Sr. Síndico, la realización de los bienes del fallido, se fijó plazo hasta el día 25 de junio de 2018 para que los acreedores soliciten la verificación de sus créditos ante la Sindicatura y se dispuso librar oficios al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires y al Banco de la Provincia de Buenos Aires para que se abstengan de realizar descuentos sobre los haberes que percibe el fallido y que se correspondan a obligaciones de causa o título anterior a la presente declaración de falencia (arts. 125 y 200 de la LCyQ).

Siendo que la quiebra se declaró el 23 de Abril de 2018, los alimentos adeudados al fallido antes de la sentencia de quiebra deben ser objeto de verificación ante el Juez falencial (art. 156, Ley 24.522), quién fijó plazo hasta el día 25 de Junio de 2018 para que los acreedores verifiquen su crédito ante la Sindicatura, frente a lo cuál el interesado no necesita practicar liquidación en el juicio de alimentos, estando habilitado para presentarse a verificar (art. 32 y 200 ley 24.522).

Más allá de la fecha de la sentencia (retroactiva al inicio de la demanda), quedan comprendidas en el concurso las cuotas cuya fecha de vencimiento es anterior a la declaración de falencia. En ese sentido las cuotas con vencimientos posteriores no tienen "cau-

Thomson Reuters

sa o título anterior" a la declaración de falencia (arg. arts. 156 Ley 24.522; 537, 539, 542, 544 y 666 Cód. Civ. y Comercial).

Por ello se deberá expedir por Secretaría una copia certificada de la sentencia de alimentos de fs. 774 vta., del informe de fs. 117, resolución de fs. 120, informe de fs. 126/127, y de la presente sentencia a los efectos de la pertinente verificación, dejándose constancia que la sentencia esta firme.

En cuanto a los alimentos posteriores a la declaración de quiebra, el interesado deberá practicar liquidación en esta sede, la cual una vez aprobada, podrá agredir el activo del fallido que no esté sujeto a desapoderamiento.

No es ocioso destacar, que la declaración de quiebra no conlleva el cese ni la suspensión de la obligación alimentaria, por lo que no afecta la posibilidad de embargar el haber previsional no sujeto al desapoderamiento en concepto de alimentos de los menores, pues la cuota alimentaria se "devenga" mes a mes, y es una obligación legal imprescriptible e irrenunciable.

Además, y por aplicación de lo dispuesto por el artículo 107 de la ley 24.522, el juez del concurso decretó embargo sobre los haberes que percibe el deudor en su condición de beneficiario del organismo antes referido, en la proporción de ley, por el plazo que dure la inhabilitación del deudor (art. 236 de la LCyQ). Esta medida tampoco impide el cumplimiento del embargo por alimentos, pues la cuota alimentaria habrá de actuar sobre el activo no desapoderado, es decir, opera sobre la porción del ingreso por la que no está desapoderado el fallido (arts. 106, 107, 108, 125, 132, 156 y cctes. ley 24.522).

IV. Cabe aclarar que si bien en materia concursal el manejo de las medidas cautelares que recaen sobre el activo, es competencia del juez del concurso (arts. 21, 132, cctes. de la ley 24.522), en el caso de autos, donde el alimentante ha sido declarado en quiebra, y se ha dispuesto por parte del juez de la quiebra el embargo de una parte del sueldo (en la porción de ley), tal activo debe agregarse al activo falencial y no puede ser afectado por lo decidido por otro magistrado. En cambio la parte de los ingresos del fallido que no esta alcanzada por el desapoderamiento, no puede ser manejada por el juez de la quiebra, máxime cuando se trata de deudas post-falenciales (arts. 106, 107, 108 inc. 2, 125, 126, 132, 133 y 156, ley 24.522).

Por ende corresponde revocar la decisión apelada, en cuanto considera que el juez de la quiebra debe ordenar al IPS cumplir con la traba del embargo por alimentos provisorios, y ordenar a este que cumpla con el mandato judicial, bajo apercibimiento del 551 Cód. Civ. y Comercial y/o de la denuncia penal que corresponda, aclarando en el oficio que el embargo opera sobre la porción del haber no embargada por el juez de la quiebra, que hoy percibe el fallido. Hágase saber lo resuelto por el juez del concurso.

Frente a la revocación dispuesta, más allá de su improcedente planteo sin indicar el artículo que se considera inconstitucional, la petición de inconstitucionalidad de la ley 24.522 ha perdido sustento, por lo que no corresponde acceder a la norma.

V. Todo ello, sin perjuicio de que los alimentos adeudados de fecha anterior a la quiebra por el fallido deban ser objeto de verificación y cobro a través de los mecanismos que establece la ley de concursos y quiebras (art. 88, 106, 107, 108, inc. 2 y 7, 110, 125, 126, 132, 133, 156 y cctes. ley 24.522).

VI. Respecto de las cuotas de alimentos provisorios adeudadas, devengadas desde el reclamo al abuelo (fs. 20, art. 669 Cód. Civ. y Comercial) y hasta que se efectivice el embargo, cuyas fechas de vencimiento sean posteriores a la declaración de falencia, la actora deberá practicar liquidación y el a quo determinar una cuota adicional (arg. art. 642 Cód. Proc. Civ. y Comercial y 544 y 550 Cód. Civ. y Comercial)

Por ello, se resuelve: revocar la decisión apelada, en cuanto considera que el juez de la quiebra es quien puede ordenar al IPS cumplir con la traba del embargo por alimentos provisorios de fs. 77 y vta.; librar por Secretaria oficio al I.P.S., ordenando que cumpla con el mandato judicial (ver fs. 79), bajo apercibimiento del art. 551 Cód. Civ. y Comercial, aclarando en el mismo que el embargo opera sobre la porción del haber previsional no embargada por el juez de la quiebra, que hoy percibe el fallido; comunicar al juez de la quiebra con adjunción de una copia de lo decidido. Costas por su orden por el agravio haberse causado de oficio (arg. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Reg. Not. Dev.— *Jaime O. López Muro. — Ricardo D. Sosa Aubone.*

Thomson Reuters

"Abuelito dime tú..."

Sobre la obligación alimentaria de los abuelos a sus nietos

Juan Javier Negri

La famosa canción de Hisao Okawa idealizaba las relaciones de una nieta, Heidi, con su abuelo entre idílicos paisajes. Pero la realidad es distinta.

No sabemos nada acerca del papá de Anita, salvo que no se ocupaba de su hija. Al extremo de que Luisa, mamá de la niña, tuvo que iniciar una demanda por alimentos contra Lucas, el abuelo de Anita (y suegro, por consiguiente, de Luisa).

Cuando estos hechos tuvieron lugar, Lucas disfrutaba "de los beneficios de la jubilación", como reza la publicidad oficial.

Según el derecho civil, los padres están obligados a suministrar alimentos a sus hijos. "Alimentos" significa una cantidad de dinero para "la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio". Si los padres no suministran los alimentos, los ascendientes (como Lucas, en este caso) pueden ser obligados a hacerlo.

Las relaciones familiares (o la economía doméstica, vaya uno a saber) llevaron a que Lucas no solo no contribuyera con alimentos para Anita, sino que, además, pidiera su propia quiebra. No queda claro si lo hizo para poder incumplir con sus obligaciones ante su nieta o si, realmente, su situación era tan mala como para quebrar.

Cuando se declaró la quiebra de Lucas, como es habitual, se ordenó al Instituto de Previsión Social (encargado de pagar a Lucas, mes a mes, su jubilación) que no realizara descuento alguno sobre los fondos que este percibía *por deudas que correspondieran a obligaciones de causa o título anterior a la quiebra.*

Luisa pidió a una jueza de menores que ordenara a aquel Instituto que embargara parte de los fondos que este percibía para destinarlos a Anita. El IPS dijo que no podía hacerlo precisamente porque Lucas había quebrado.

Acá conviene recordar que cuando alguien quiebra (sea persona humana o jurídica) "queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes" y pierde el derecho a administrarlos y disponer de ellos. Hay muy pocas excepciones a ese *desapoderamiento;* entre ellas, los pagos jubilatorios que recibe el quebrado.

Entonces la jueza comunicó a Luisa que debía presentarse en la quiebra de su suegro Lucas para reclamar el pago de los alimentos atrasados.

Luisa apeló. Dijo, básicamente, que exigirle a ella que reclamara los alimentos para Anita en la quiebra de su abuelo era condenarla a la inanición, porque ese proceso, precisamente, "imposibilita al quebrado a disponer de sus bienes".

Más aún: dijo que "el derecho a comer" era urgente y que el derecho de los niños "era jerárquicamente superior al de los acreedores" de Lucas. Para añadir fuerza a sus argumentos, pidió que se declarara inconstitucional *toda* la Ley de Quiebras, porque ese texto "omitía [referirse a] las necesidades y urgencias de aquellos a quienes el propio quebrado debe proteger".

A su apelación, añadió un pedido al tribunal para que exigiera al IPS que depositara los alimentos provisorios establecidos por el juez en una cuenta especial.

Thomson Reuters

La Cámara de Apelaciones **(1)** resolvió que, efectivamente, el monto correspondiente a los alimentos adeudados a Anita debía ser verificado ante el síndico de la quiebra de Lucas. Este trámite, por lo demás, podía ser hecho directamente sin necesidad de que el juez de menores interviniera.

Pero el monto en cuestión, por el cual Luisa (como representante de Anita) debía pedir verificación ante el síndico, según la Cámara, era solo el correspondiente "a las cuotas cuya fecha de vencimiento era anterior a la declaración de falencia", porque las cuotas posteriores *no tenían causa o título anterior a la quiebra*.

Con relación a estas cuotas, devengadas *luego de la quiebra* de Lucas, Luisa debía calcular el monto correspondiente, someterlo a la aprobación del juez de menores e intentar cobrarlo de aquellos bienes de Lucas que estaban exceptuados del *desapoderamiento*.

La Cámara recalcó que "la declaración de quiebra no *conlleva* el cese ni la suspensión de la obligación alimentaria". ("Conllevar" es un verbo utilizado solo por algunos jueces que creen que el uso del verbo "significar" —que quiere decir lo mismo— los desmerece).

El tribunal agregó que la quiebra de Lucas no impedía a Luisa "la posibilidad de embargar el haber previsional [de Lucas] no sujeto al desapoderamiento en concepto de alimentos". Dicho mejor y de otro modo: la quiebra desapodera al quebrado de todos sus bienes, excepto de su jubilación, que es inembargable, *a menos que adeude alimentos*.

El punto principal sobre el que se basó la decisión de la Cámara es que las cuotas alimentarias "se devengan mes a mes" y su pago "es una obligación legal imprescriptible e irrenunciable".

En consecuencia, dada la naturaleza de la deuda de Lucas, Luisa podía obtener un embargo sobre su jubilación y, mes a mes, conseguir que se afectara una porción para el pago de los alimentos para Anita.

Los jueces recalcaron también que, si bien el manejo de los embargos que recaen sobre los bienes del fallido es competencia del juez de la quiebra, "la parte de los ingresos del fallido que no está alcanzada por el desapoderamiento *no puede ser manejada por el juez de la quiebra*, máxime cuando se trata de deudas post-falenciales".

Por consiguiente, la Cámara revocó la sentencia de primera instancia y ordenó al IPS cumplir con el mandato del juez y embargar la porción de las jubilaciones de Lucas que no estaba afectada por la quiebra.

Y (¡menos mal!) también rechazó declarar inconstitucional la Ley de Quiebras, porque el pedido "había perdido sustento" y no se había indicado el artículo que supuestamente violaba la Carta Magna.

El caso fue bien resuelto, pero por medio de una sentencia que hace tantas piruetas, circunloquios y maniobras verbales que se convierte en un galimatías, innecesariamente confuso y de difícil comprensión.

Todo podría haberse dicho con tres o cuatro silogismos perfectamente hilados entre sí, sin necesidad de las densas seis carillas cuya lectura *conlleva* serias dificultades semánticas.

Pudo haberse dicho algo así, a título de ejemplo: Lucas es jubilado. Lucas quebró, pero adeuda alimentos a Anita. Al quebrar, a Lucas se lo desapoderó de sus bienes, excepto de su jubilación, porque es inembargable. La jubilación es inembargable excepto si el jubilado adeuda alimentos.

Como Lucas adeuda alimentos a Anita, Anita puede embargar la jubilación de su abuelito Lucas. Para los alimentos devengados antes de la quiebra, no queda otra alternativa que verificarlos ante el síndico de la quiebra de Lucas.

Corto, comprensible y al punto. Como debe ser la justicia.

(1) CApelCyC (I), La Plata, 2019, in re "H. L. B. c. L. M. A.", causa 125502, reg. int. 149/19, Libro LXXV. Expte. 125502, 28 de mayo 2019; elDial.com AAB9BE.

Thomson Reuters

SUCESIONES

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Herencia digital: un nuevo desafío para el derecho sucesorio

Martín Andrés Flores [(*)]

Sumario: I. Introducción.— II. Cuestiones preliminares sobre la transmisión de derechos por causa de muerte.— III. Bienes digitales.— IV. Palabras finales.

I. Introducción

Por medio del presente trabajo intentaremos poner en consideración de la comunidad científico-académica, una necesidad de tipo sistémica-normativa, que se encuentra atravesando el derecho sucesorio argentino. Pero esta presunta incompletitud, y por lo tanto patología de nuestro sistema de normas, a diferencia de otras tareas incumplidas por parte del derecho sucesorio argentino, creemos que no podría ser objeto de atribución de responsabilidad, de forma directa y exclusiva, a los productores normativos, sin perjuicio, de que la novel codificación vigente desde el año 2015, dio la inmejorable oportunidad de poder saldar algunas de estas cuentas pendientes.

Esto se debe, a que el tema que abordaremos, además de ser de carácter novedoso, no ha sido objeto de preocupación o necesidad de regulación por parte de la ciencia del derecho, y en particular, tampoco del derecho sucesorio nacional e internacional.

Creemos que esto responde principalmente al raigambre y antecedentes de los sistemas codificados, principalmente de estirpe occidental, los cuales desde sus comienzos, y hasta la actualidad, destinaron principalmente sus esfuerzos a la protección y tratamiento del derecho patrimonial —del cual depende de manera directa el derecho sucesorio—, y por lo tanto, a los bienes exclusivamente materiales, físicos y analógicos.

Es por todo ello que, frente a las nuevas necesidades del actual mundo digital, hiperconectado e inteligente, en el que nos encontramos transitando, cuestiones como, patrimonio digital, capital digital y herencia digital se ubican en lo profundo de las lagunas normativas.

Por estas razones es que, a lo largo del presente trabajo, intentaremos demostrar la necesidad de que el derecho sucesorio comience a interesarse y preocuparse por la denominada "herencia digital", y para ello precisaremos su contenido, particularidades, implicancias jurídicas, riegos actuales, y la exigencia de su pronta regulación.

II. Cuestiones preliminares sobre la transmisión de derechos por causa de muerte

Previo a ingresar en el estudio de la denominada herencia digital, es necesario recordar algunos extremos esenciales sobre la transmisión de derechos por causa de muerte.

El art. 2277 de nuestro Cód. Civ. y Com. dispone que la herencia y, por lo tanto, el contenido de la transmisión sucesoria por causa de muerte, comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento. Asimismo, es dable recordar, que no existe novedad en esta regla, ya que del art. 3417 del Cód. Civil derogado, se infería con claridad, que el contenido de la herencia de una persona estaba compuesta principalmente solo por derechos patrimoniales, mientras que los extrapatrimoniales se extinguían en el mismo instante de su muerte, así nos decía toda vez que el here-

(*) Abogado (UNC). Especializando en Derecho de Familia (UNC). Miembro semipleno de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Docente de las asignaturas Derecho de Familia y Sucesiones, Teoría General Alimentaria y Proceso Sucesorio, en la Facultad de Derecho (UNC).

Thomson Reuters

dero era "(...) propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión (...)", regla que no era absoluta, y por lo tanto admitía algunas excepciones, conforme la hermenéutica aplicada, en aquellas épocas, sobre las notas del codificador.

Es entonces que el Cód. Civ. y Com. mantiene similar dirección, replicando la regla de que los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos siempre que no sean *intuitu personæ*, mientras que los extrapatrimoniales, en principio, no son transmisibles, pero sí lo serán, sus consecuencias patrimoniales (arts. 2277 y 2280 del Cód. Civ. y Com.). De manera que, por regla, se excluyen entre otros, al comodato (art. 1541 del Cód. Civ. y Com.); la cláusula de pago a mejor fortuna (art. 891 del Cód. Civ. y Com.); a las ofertas de los contratos si no han sido aceptadas (art. 976 del Cód. Civ. y Com.); a los contratos de condiciones personales del causante; a los contratos con cláusula de intransferibilidad (arts. 959, 1021 y 1024 del Cód. Civ. y Com.); a la renta vitalicia (art. 1606 del Cód. Civ. y Com.), a los derechos de usufructo, uso y habitación (arts. 2152, 2155 y 2159 del Cód. Civ. y Com.); al derecho de preferencia en la compraventa (art. 1165), entre otros.

Pero es necesario, en esta instancia preliminar, desviarnos brevemente del objeto de la transmisión sucesoria, e ingresar en sus clases. Dentro de los tipos de sucesión por causa de muerte, encontramos por un lado, a la sucesión *ab intestato*, intestada o legítima; y por el otro, a la testamentaria, sucesión esta última, que posee una preferencia de carácter legal por sobre la primera, debido a que se infiere que es aquella que con mayor fidelidad, refleja la verdadera voluntad del causante, y es por ello, que esta mentada preeminencia, se encuentra apuntada en la letra de la ley según lo proclama el primer párrafo del art. 2277 del Cód. Civ. y Com.

En este sentido, la jurista cordobesa García de Solavagione sostiene que "la sucesión testamentaria (...) es uno de los modos a través del cual se expresa más intensamente la pertenencia del patrimonio de una persona; es la manifestación de la voluntad del propietario de disponer de sus bienes para el tiempo en que habrá cesado de vivir" **(1)**.

Es entonces que, centrándonos en la sucesión testamentaria, y en particular, en el contenido del testamento, este puede contener tanto disposiciones patrimoniales como extrapatrimoniales; encontrando dentro de las primeras una subclasificación entre directas e indirectas; mientras que en las segundas, se ubican como por ejemplo, al reconocimiento de un hijo, las disposiciones de órganos o materiales anatómicos del propio cuerpo, la declaración sobre sepelio y sepultura, designaciones de tutores y curadores, etcétera.

Lo que intentamos dejar en claro aquí es que sería fatal confundir el contenido de la trasmisión de derecho por causa de muerte, es decir "la herencia", con el contenido del testamento, el cual, si bien puede y en algunos casos, coincidir con el contenido de la herencia, puede que no, y por lo tanto, si el operador confunde una consecuencia patrimonial de un derecho extrapatrimonial, con una disposición de la misma naturaleza, y por lo tanto, lo considera transmisible, es porque no ha atendido con claridad, a tan notable e imprescindible distinción.

Realizada estas aclaraciones, es que mantendremos nuestro interés en uno de los elementos de la transmisión de derechos por causa de muerte, ya sea con o sin la presencia de un testamento, y es en el objeto, o contenido de la herencia, el cual creemos que es el componente que tipifica, y por lo tanto, distingue, el estudio y tratamiento exclusivo de la llamada herencia digital —cabe aclarar, que no es una tercera clase de sucesión por causa de muerte, por ello, es que no utilizamos la expresión "sucesión digital", debido a que la relación de transmisión de derechos es la misma, lo que la distingue, es su particular objeto—.

Siendo así, es que vale decir, que al hablar de herencia digital, nos referimos a los bienes digitales que presumiblemente forman parte del patrimonio del causante —patrimonio digital—,

(1) GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia C., "De testamentos e incapacidades de recibir referidas a las religiones", Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, 6, Brasil, 2018, ed. 5, p. 4.

Thomson Reuters

y por lo tanto, constituyen el objeto de la transmisión sucesoria por causa de muerte.

Por consiguiente, el desafío aquí, será poder determinar si los bienes digitales, y en su caso, de que tipos, forman parte del acervo hereditario, y en consecuencia, si serán alcanzados por la comunidad hereditaria. Por esta razón, es que tendrán gran incidencia las consideraciones realizadas con anterioridad, en lo relativo a la calificación de los bienes que integran el patrimonio digital, y en su caso, si subsisten o no, luego de la muerte de su titular.

III. Bienes digitales

Si bien no existe un concepto unívoco de bien digital, incluso se suelen utilizar indistintamente las expresiones como, contenido digital, medios digitales, capital digital, o riqueza digital, para referenciar al patrimonio digital en su conjunto, podemos definir a estos bienes, en términos generales, como "cualquier información o archivo de carácter digital almacenado localmente u online" **(2)**. De manera que, la amplitud de esta definición incluiría, entre otros, a correos electrónicos, cuantas bancarias online, juegos, escritos, opiniones vertidas en blogs o foros, documentos, fotos o comentarios publicados en una red social, música y libros digitales.

También se han definido como "todos aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma digital, es decir, que están compuestos por ceros y unos, y que las computadoras se encargan de interpretar y presentarlos en forma de información, bases de datos, programas de computadoras, imágenes, música, sitios web, textos, libros, videos, entre otros" **(3)**.

Incluso, y apuntando a la naturaleza de estos, se han conceptualizado como "bienes que fueran insertados, progresivamente en Internet por un usuario, consistiendo en informaciones de carácter personal que le traen alguna utilidad, tengan o no contenidos económicos" **(4)**.

Considerando estas definiciones, y persiguiendo una simple forma de calificar a los bienes digitales, nos cuestionamos, ¿podríamos utilizar como determinante de calificación al carácter del bien o soporte que los almacena? Es decir que, si el soporte de almacenamiento es analógico o físico, el bien que almacenará será físico; y si el soporte de almacenamiento es digital, el contenido almacenado será digital.

En principio entendemos que no, ya que como desarrollaremos más adelante, aunque el dispositivo de almacenamiento sea digital, el contenido o bien almacenado puede ser tanto digital como analógico. Pero a los efectos de una mayor comprensión del tema, creemos que es un acierto utilizarla, por ser una herramienta útil para comprender la complejidad del asunto que nos convoca, y así permitirnos, no solo, vislumbrar los posibles bienes tutelados y a tutelar, sino también, identificar los posibles actores intervinientes, sus facultades y responsabilidades, y en suma, poder reconocer el alto valor e importancia de nuestro patrimonio digital.

Es por ello que en este punto, comenzaremos por diferenciar los bienes digitales en cuanto a su soporte de almacenamiento. Por un lado, en aquellos que se encuentran en dispositivos analógicos o físicos, como, por ejemplo, ordenadores, *tablets*, teléfonos celulares, *pendrive*, discos rígidos extraíbles, etc.; y por el otro, en aquellos que se encuentran en servidores o sistemas digitales, entre los cuales encontramos, correos electrónicos, nube, redes sociales, foros, blogs, etcétera.

En la primera de las categorías, los bienes digitales se encuentran en una cosa mueble de propiedad del causante, o en su defecto, de propiedad de un tercero —supuesto este último que no abordaremos en el presente trabajo, y por lo tanto, el eventual derecho de los herederos del *de cujus* de perseguir ese contenido digital de

(2) SANTOS MORÓN, María José, "La denominada 'herencia digital': ¿Necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Madrid, 2018, p. 416.

(3) PORCELLI, Adriana M., "Los bienes digitales y el derecho de autor en internet. La denominada 'piratería informática'", Revista del Departamento de Ciencias Sociales, 3, vol. 2, Buenos Aires, 2015, p. 265.

(4) MEDINA, Graciela, Exposición Magistral titulada "Herencia digital", en el marco de las Primeras Jornadas Cordobesas de Derecho Sucesorio, 5 y 6 de septiembre, Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

Thomson Reuters

propiedad del causante, pero cuyo soporte de almacenamiento es de propiedad de un tercero—.

Es entonces que, en esta primera categoría, es plausible sostener que generalmente el destino de los bienes digitales del causante correrá la misma suerte que el bien soporte de almacenamiento, por lo que, los hará suyo, el sujeto receptivo del bien mueble soporte.

En el mismo sentido, Merle Bock reflexiona que "los datos digitales que se almacenan en cosas físicas, la propiedad sobre la cosa permite acceder a esos datos y por lo tanto siguen el destino de la cosa a la que se incorporan y se transmiten en su caso a los herederos" **(5)**. Por lo tanto y a modo de ejemplo, sería el caso de aquel heredero al que se le adjudica la laptop del causante, como producto de la partición, y que dentro de ella se encuentran almacenados archivos con fotos, escritos, música, videos y libros digitales de propiedad del causante, por lo que el sucesor tendrá acceso a estos por poseer un dominio perfecto sobre el bien mueble soporte, pero no así, por tenerlo sobre los bienes digitales. Este supuesto también podría ejemplificarse, pero de un modo más visible, conforme el común y ordinario de las sucesiones, en el caso de que el heredero que recibe un automóvil, como parte de su cuota legítima, advierte que en el baúl se encuentra una caja con fotografías y cartas del causante.

Dejando atrás al primer supuesto propuesto, y continuando con el desarrollo, dentro de la segunda categoría, es decir aquellos bienes digitales que se encuentran en servidores o sistemas digitales, comienzan a surgir mayores dificultades. En este caso, el servidor es de propiedad de un tercero, el cual se encuentra unido con el usuario-causante por medio de una relación contractual, instrumentalizada generalmente, mediante un contrato por adhesión *online*, y que se materializa por medio de un acceso digital, cuenta o *account*. En esta relación contractual, el prestador de servicios de internet, ofrece al usuario ciertos servicios de carácter digital, pero como ya advertimos, no todo bien o contenido almacenado en una plataforma digital, y en donde se accede por medio de una cuenta, será de carácter digital, como sucede en los casos de cuentas bancarias *online* o *home banking*, donde el bien es de carácter físico, es dinero en efectivo, y por lo tanto se encuentra contemplado por las reglas generales del derecho sucesorio.

En resumen, podemos clasificar los bienes digitales conforme el soporte de almacenamiento, en: i) aquellos que se encuentran en soportes analógicos o físicos de propiedad del causante; y ii) aquellos que se encuentran en un servidor o sistema digital de propiedad de un tercero, el cual se encuentra unido con el usuario-causante por medio de un contrato de consumo.

Asimismo, dentro de esta última categoría, encontramos los servidores de telecomunicaciones, es decir medios de comunicación entre los usuarios —correos electrónicos, Facebook, Instagram, Twitter, etc.—, donde además de la presencia de los derechos y obligaciones del usuario-causante y del proveedor-contratante, ingresan los derechos de los terceros-usuarios que han interactuado con el causante, y por lo tanto su imprescindible derecho a la intimidad, configurando así, un escenario aún más delicado.

Otro criterio de clasificación que proponemos es en consideración a la naturaleza y origen de los bienes digitales, los cuales se pueden clasificar en bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales, i) bienes digitales patrimoniales, entendidos como bienes digitales propiamente dichos. Son aquellos que se encuentran dentro del comercio y por lo tanto susceptibles de apreciación económica, respondiendo así, al concepto de bien jurídico sostenido por los arts. 15 y 16 del Cód. Civ. y Com., de modo que, en principio se encontrarían amparados por el derecho de propiedad del causante y por lo tanto transmisibles a sus herederos. Entre estos distinguimos a libros digitales, películas, música, saldos positivos en juegos online, puntos otorgados en programas de fidelización de compañías de transporte u hoteleras, etc.; ii) bienes digitales extrapatrimoniales, denominados datos digitales. Se pueden conceptualizar como aquella información de carácter gráfico, fotográfico y auditivo, de naturaleza inmaterial y que se encuentran ajenos al comercio por poseer natu-

(5) BOCK, Merle, "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", Archiv für die civilistische Praxis, 3, vol. 217, Alemania, 2017, p. 380.

Thomson Reuters

raleza personal, pero que pueden, no obstante, tener un alto valor sentimental. Estos bienes en principio, y conforme a la regla, se encontrarían ajenos a la transmisibilidad sucesoria, y por lo tanto no tutelados por el derecho de propiedad, sino, por otros derechos como a la intimidad, honor e imagen; derechos que otorgan a su titular facultades de exclusión de terceros —conocimiento, comunicación, divulgación y/o reproducción de estos datos por otros sujetos— y que se extinguen por la muerte de su titular, sin perjuicio de la protección *post mortem* —o llamada por la doctrina española a personalidad pretérita—, a la intimidad, imagen y honor, la cual en nuestro país es de mínima regulación y por consecuencia, de protección. Entre estos bienes digitales encontramos, mensajes privados de correos electrónicos, opiniones, estados, fotografías, videos, etc.

En este punto, y ampliándonos al sistema normativo argentino, integraría la categoría de bien digital, la huella digital de una persona, la cual permite la construcción de su identidad digital, es de ello entonces, que considerando el art. 17 del Cód. Civ. y Com. —que admite la asimilación como bien objeto de actos jurídicos a los derechos sobre el propio cuerpo humano y sus partes, aunque no tengan valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social cuando las leyes así lo permitan—, es que se reconoce el derecho personalísimo a la inviolabilidad e identidad biológica de la persona humana, y por lo tanto nos advierte Lamber **(6)**, que esto nos permitiría encontrar analogía normativa entre esta prescripción legal y los archivos digitales que conforman la identidad digital, que pese a carecer de contenido económico, si propenden a fines afectivos, en cuanto al respeto a la memoria del causante, facultaría a los sucesores a cerrar cuentas de redes sociales o establecer memoriales.

Siguiendo la misma línea, también es posible preguntarnos, si estos datos digitales vertidos por el causante en redes sociales o servicios de internet reúnen los requisitos para ser considerados una obra y por lo tanto protegidos por el derecho de propiedad intelectual. Creemos que no, ya que normalmente no serían contemplados como objeto de protección por parte de la ley 11.723 y por lo tanto, estarían fuera del alcance de los efectos sucesorios regulados en esa materia. Es así que Navas Navarro nos explica: "el mundo digital es campo abonado para la ocurrencia creativa-vulgar y no para la creación de una obra, por lo tanto, se considera excepcional que se creen 'obras' con originalidad suficiente para ser objeto de protección" **(7)**. No obstante creemos que en el caso de que eventualmente lo sean, serán objeto de transmisión en los términos de la referida ley y sus plazos especiales.

Es entonces que aplicando nuestro sistema general en materia sucesoria, podemos concluir por regla, que los bienes digitales de contenido patrimonial serán objeto de transmisión sucesoria, mientras que, los de contenido extrapatrimonial, se extinguirán con la muerte de su titular. Sería lo que la doctrina alemana distingue entre posiciones jurídicas de naturaleza patrimonial y de naturaleza no patrimonial, indicando que solo las primeras forman parte de la herencia.

Pero sin perjuicio de ello, y como ya lo hemos manifestado, cuando los datos o bienes digitales extrapatrimoniales se encuentran almacenados localmente en aparatos tangibles, pertenecientes al difunto, parecería claro que la transmisión de la propiedad del aparato puede permitirle a sus herederos acceder a estos, y esto es así, porque el heredero ha adquirido la propiedad del objeto material que da acceso a los datos o al contenido, pero no porque se le transmita la propiedad de dicho contenido.

III.1. Bienes digitales transmisibles por regla

Como ya hemos apuntado, se consideran por regla transmisibles, los bienes digitales de contenido patrimonial, como por ejemplo libros digitales, películas o música suministradas por una empresa vendedora, saldos positivos de juegos *online*, puntos otorgados en programas de fidelización de compañías de transporte u

(6) LAMBER, Néstor, "Los bienes digitales en la herencia", DFyP, 5, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, junio 2019, p. 92.

(7) NAVAS NAVARRO, Susana, "Creación y ocurrencia en el contenido digital online generado por los usuarios de internet", Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, 36, Madrid, 2015, p. 409.

Thomson Reuters

hoteleras, nombres de dominio, etc.; bienes que claramente ingresan a la comunidad hereditaria y por lo tanto serán objeto de partición entre los derecho habientes. Pero sin perjuicio de lo sencillo que aparenta ser este caso, el carácter digital de los bienes, hace que su tratamiento sea un poco más dificultoso, y esto se debe a dos principales razones, en primer lugar por el posible desconocimiento de los sucesores sobre la existencia de estos bienes, y en segundo lugar, por la existencia de un contrato entre el usuario, hoy causante, con el proveedor digital.

Con respecto a estos bienes, lo que regularmente sucede, es que la información sobre la su existencia, se encuentra dentro de bases digitales de propiedad de un tercero —correos electrónicos— y por lo tanto, en principio, inaccesibles por parte de los herederos. Problema que podría ser salvado, si el causante, de manera diligente, incluye y detalla cada uno de estos bienes en un acto de última voluntad, supuesto que si identifica la cuenta y el servidor, se asimilaría al apoderamiento con eficacia *post mortem* contemplado en el art. 380, inc. b) del Cód. Civ. y Com., aplicable también a los bienes digitales extrapatrimoniales, pero que como sostiene Lamber, técnicamente no se trataría en sí mismo de un acto *mortis causa,* sino de un acto *in diem mortis dilati,* en que la voluntad y acto jurídico es actual, y solo su efecto se difiere al momento del fallecimiento **(8)**.

Sin embargo, esto generalmente no sucede, y son bienes que por desconocimiento de los coherederos terminan perdiéndose, o en su caso, generando un pasivo digital en la sucesión, ya que pueden existir, que el causante haya contratado en vida un producto digital (Netflix, Spotify, Amazon Prime Video, etc.), el cual era abonado mediante tarjeta de crédito o por medio de débitos automáticos, y que por desconocimiento de los herederos, no se informó el fallecimiento del usuario al proveedor digital, y por lo tanto, este último continuo con la percepción bancaria.

En este orden de ideas, el desconocimiento de los bienes digitales del causante podría derivar en un fraude a herederos, ya que el derecho de los legitimarios está amparado por el orden público de la legítima, y por lo tanto, el anonimato de cuentas de servicios de internet o su desconocimiento, se tornarían en un mecanismo hábil para defraudarlos. Una posible solución para este caso, podría ser la propuesta realizada por el jurista precedentemente citado, que es la de exigir el acceso a los proveedores digitales fundándonos en la norma imperativa que prevalece aún ante la remisión a la ley y juez extranjero, conforme lo establece el primer párrafo, del art. 2599 del Cód. Civ. y Com.

Igualmente, aún en los casos de conocimiento de la existencia de estos bienes por parte de los sucesores, como ya revelamos, otra cuestión a tener en cuenta es la posible intransmisibilidad establecida en el contrato celebrado entre el usuario-causante con el proveedor del bien digital. Suele suceder que el causante, titular aparente de ese bien, no ostenta sobre este un derecho de propiedad, sino un derecho de carácter meramente obligacional, como lo es la licencia de uso. Así suele ocurrir en los casos de música, videos y libros digitales, donde lo que adquiere el usuario, no es la propiedad del archivo o contenido digital, sino un derecho a usarlo, y de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato, normalmente de adhesión, —que según como lo representan Rodríguez Prieto y Martínez Cabezudo, son "contratos donde debemos mostrar nuestra conformidad o disconformidad en un clic" **(9)**—, celebrado con el suministrador de ese contenido —Amazon, Kindle, iTunes, etc.—, y en el cual, generalmente en los ToS (términos de uso), se determina la intransmisibilidad del derecho adquirido por el usuario o su extinción con la muerte de este. En este sentido el art. 1024 de nuestro Cód. Civ. y Com. es claro al disponer: "Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones de que él nacen sean inherentes a la per-

(8) LAMBER, Néstor, ob. cit., p. 94. Asimismo, para profundizar sobre este tema, sugerimos la consulta del caso jurisprudencial de autos, CS, "Kodama, María c. Ferrari, Osvaldo A. y otro s/ nulidad de escritura", del año 1997.

(9) RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael — MARTÍNEZ CABEZUDO, Fernando, "Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la filosofía de derecho", Revista Internacional de Pensamiento Político, I Época, vol. 12, España, 2017, p. 80.

Thomson Reuters

sona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley".

Aquí podemos recordar uno de los casos más resonante sobre este tema, y es el del actor Bruce Willis, quien manifestó su voluntad de dar en herencia a sus hijas la biblioteca de canciones que había adquirido por medio de iTunes, plataforma musical de Apple. Sin embargo, de acuerdo con los términos y condiciones de uso, iTunes no permite compartir con terceros las canciones adquiridas por sus usuarios, razón por la cual, el actor no pudo incluirlas en un acto de última voluntad.

Lo dicho implica que, aun tratándose de bienes digitales de carácter patrimonial, el heredero solo podrá adquirir su titularidad cuando el causante tuviese sobre tales bienes, la propiedad o un derecho de crédito de carácter indefinido, no limitado temporalmente de acuerdo con los términos del contrato celebrado.

III.2. Bienes digitales no transmisibles por regla. Datos digitales

Como disparador para este punto, traemos una pregunta que se realiza la jurista valenciana Cobas Cobiella, la que se cuestiona y, asimismo, nos interpela sobre: "¿qué sentido tendría la vida, si no fuéramos recordados, y más aún, si nuestra memoria, como vestigio de la dignidad humana, no fuera protegida?" **(10)**.

Entendemos que este interrogante señala las dos principales aristas en el campo de los contenidos digitales extrapatrimoniales, y son, por un lado, el máximo capital que adquiere una persona humana en su vida, que es su historia personal, la cual en este mundo digital, ostenta la posibilidad de ser documentada y por lo tanto trascender generacionalmente como memoria familiar, y porque no, hacia un derecho a ser recordado; y por el otro, el respeto a la intimidad personal, imagen y honor, no solo del causante, sino también de aquellos que interactuaron en vida con este, y que por lo tanto son parte del valor dignidad humana.

Como nos ilustra la jurista Medina, "antes los recuerdos se guardaban en un álbum de fotos y se transmitían, actualmente, las redes sociales online, preservan la memoria de las personas, a medida en que almacenan los componentes —fotos, comentarios y *posts*— por un plazo indeterminado, pero no raro, para la posteridad. A la muerte, como atributos de la personalidad, sus blogs, perfiles en redes sociales, sus *nicks* en comunidades virtuales, pasan a integrar la memoria *defuncti* a modo de identidad digital post mortem" **(11)**.

Si bien como sostuvimos al inicio del presente trabajo, por regla, solo se transmiten por causa de muerte todos los derechos y obligaciones digitales con contenido patrimonial que no se extinguen con la muerte (arts. 2277 y 2280, Cód. Civ. y Com.), esto no quita que haya bienes digitales extrapatrimoniales que necesariamente deban resolverse en el marco del proceso sucesorio, aun cuando no integren la herencia, y esto es válido, conforme la universalidad propuesta por el espíritu de los arts. 2335 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Por lo que aquí, y con una especial claridad, Lamber nos invita a pensar en que "debemos abordar una nueva inteligencia del fenómeno sucesorio mortis causa, no limitado a la formación de la indivisión hereditaria de carácter patrimonial, sino al derecho de los herederos a ejercer relaciones jurídicas no siempre de contenido patrimonial, relacionadas con aspectos morales de las obras intelectuales, el honor e integridad de la identidad digital *post mortem*" **(12)**.

Es entonces que nos preguntamos, conforme nuestro ordenamiento jurídico actual, y principalmente el Cód. Civ. y Com., ¿qué interés jurídico existe en materia de bienes digitales extrapatrimoniales?

A los efectos de responder a este interroganте, es que al repasar nuestro plexo normativo de fondo, parecería que existe un interés por par-

(10) COBAS COBIELLA, María Elena, "Protección post mortem de los derechos de la personalidad: Reflexionando sobre la cuestión", Revista Boliviana de Derecho, 15, Bolivia, 2013, p. 115.

(11) MEDINA, Graciela, exp. cit.

(12) LAMBER, Néstor, ob. cit., p. 93.

Thomson Reuters

te derecho sucesorio argentino, toda vez que el art. 53 del Cód. Civ. y Com. pone en cabeza de los herederos al derecho de custodiar y cuidar la memoria del causante —derecho a la imagen o voz—.

Así también, pero de modo más preciso y notorio, es el caso de cartas electrónicas o digitales del causante, cuya equivalencia con el instrumento escrito en papel es reconocido por los arts. 286 y 257 del Cód. Civ. y Com., y los arts. 3º y 6º de la ley 25.506, y que en consecuencia, si bien no integran el patrimonio hereditario de apreciación pecuniaria, pertenecen a los herederos, como lo prevé la guarda de estos objetos y documentos de afección, conforme el párrafo segundo del art. 2379 del Cód. Civ. y Com., que en igual sentido y en el mismo cuerpo normativo, el inc. c) del art. 2303, los excluye, por regla, del contenido de la cesión de herencia.

Pero cuidado, tal como ya advertimos, en los casos de bienes digitales almacenados en soportes digitales de propiedad de un tercero, adquiere protagonismo el contrato celebrado entre el usuario-causante con el proveedor digital, es por ello, que frente a estos bienes digitales extrapatrimoniales —de tan importante valor para la memoria familiar del causante—, debemos necesariamente revisar que potestades detenta, en principio el usuario, hoy causante, y en su caso, sus herederos.

Para abordar este tema, en principio analizaremos cuales son las facultades que detenta el usuario-causante de transmitir sus datos digitales por causa de muerte —que como ya vimos no serían alcanzados por la regla que ordena el contenido de la herencia, en particular, de la sucesión *ab intestato*, pero nada obstaría, a que formen parte del contenido de un acto de última voluntad, bajo una disposición testamentaria—, para luego y finalmente, analizar el supuesto en caso de silencio, tratando así de identificar, qué derechos poseen los herederos del difunto frente a la identidad digital del causante.

III.2.a. Facultades en vida del usuario-causante

Para cursar el presente punto, debemos remitirnos a la clasificación de bienes digitales conforme el soporte de almacenamiento, es decir, si los datos digitales del causante se encuentran en un soporte analógico de su propiedad, o si bien, se encuentran en una base digital de propiedad de un tercero-proveedor.

Como ya hemos referenciado, en el primero de los casos, puede darse que el heredero tome en su poder esos datos, por haber adquirido, como producto de la partición, el bien mueble soporte. También puede suceder que el causante, conforme la dificultad practica que posee el conocimiento de los bienes digitales por parte de los herederos, los incluya en un acto de última voluntad. En el caso que sean datos que se encuentren en soportes analógicos de propiedad del causante, no existe impedimento legal alguno de que el dispositivo de almacenamiento sea legado con el cargo de realizar tantas copias de las fotos y recuerdos del causante, como cantidad de herederos haya.

Pero la dificultad se presenta en el segundo de los casos, es decir cuando la base de almacenamiento es digital y de propiedad de un tercero —nube, redes sociales y correos electrónicos—. Aquí es necesario, en principio, remitirnos al contrato celebrado entre el usuario-causante con el proveedor digital.

En el caso de la red social Facebook, el contrato de adhesión que suscribimos digitalmente al momento de la creación de la cuenta, es claramente abusivo en protección a los intereses del gigante de Silicon Valley, como surge manifiestamente de las cláusulas que transcribiremos a continuación, las cuales se hacen bajo el tipo de comunicación "tuteo", que es la forma en que la empresa propone y pretende establecer una superficial, cordial y cercana comunicación con su cliente: "resolverás cualquier demanda, causa de acción o conflicto que tengas con nosotros surgida de o relacionada con la presente declaración o con Facebook únicamente en el tribunal del Distrito Norte de California o en un tribunal estatal del Condado de San Mateo, y aceptas que sean dichos tribunales los competentes a la hora de resolver los litigios de dichos conflictos", es claro que, en nuestro caso, los usuarios argentinos y en particular, sus herederos, al tener que acudir a una jurisdicción extranjera para resolver sus conflictos lesiona gravemente sus derechos. Pero no contentos con esto, nos sigue diciendo: "no garantizamos

Thomson Reuters

que Facebook sea siempre seguro o esté libre de errores, ni que funcione siempre sin interrupciones, retrasos o imperfecciones. Facebook no se responsabiliza de las acciones, el contenido, la información o los datos de terceros, y por la presente, nos dispensas a nosotros, nuestros directivos, empleados y agentes de cualquier demanda o daños, conocidos o desconocidos (...)", como nos comentan Rodríguez Prieto y Martínez Cabezudo **(13)**, en oportunidad de analizar este contrato, es como si el constructor que contratamos para una refacción en nuestra propiedad no se hiciera responsable de los posibles derrumbes ligados a su trabajo.

Es entonces que en este contexto de desprotección del usuario, se manipulan sus datos digitales, su historia de vida y su memoria familiar, es decir su identidad digital.

Asimismo, estas compañías regulan algunas cuestiones vinculadas a los efectos *post mortem* de las cuentas, pero con una particularidad, y que es, que esto no se encuentra en el contrato digital propiamente dicho, sino en uno de sus anexos, sería como que la cláusula de resolución anticipada en un contrato de locación se encuentre en el anexo junto al inventario de bienes muebles entregados en depósito.

Las previsiones que establece la compañía en caso de fallecimiento del usuario las sitúa dentro de la sección de "servicio de ayuda y política de la empresa", utilizando conceptos como "conmemorativa" o "contacto de legado", expresiones manifiestamente extrañas a nuestro derecho sucesorio.

Conforme los autores citados, parecería que Facebook establece sus propias normas sucesorias, en este sentido, en caso de fallecimiento del usuario, existe la opción de pasar la cuenta a "conmemorativa", la cual continuará pero de una manera especial. El "contacto de legado" será la persona seleccionada por el titular de la cuenta para que la administre en caso de su fallecimiento y bajo la modalidad conmemorativa. Por lo tanto, aquí, presumiblemente, vemos la posibilidad de que el causante en vida, pueda atribuir el destino de sus datos digitales en el caso de su muerte, y nos preguntamos, el "contacto de legado" ¿posee los mismos derechos que un heredero sobre los bienes tangibles de la herencia?

Para responder a este interrogante veamos qué derechos tiene el "contacto de legado" sobre los datos digitales del causante.

Facebook en esta dirección nos impone, "una vez que la cuenta se convierta en conmemorativa, el contacto de legado tendrá las siguientes opciones" (no habla de derechos): "Fijar una publicación para tu perfil (por ejemplo, para compartir un último mensaje en tu nombre o proporcionar información sobre el funeral). Responder a nuevas solicitudes de amistad (por ejemplo, viejos amigos o familiares que no estuvieran todavía en Facebook). Actualizar la foto de tu perfil y de tu portada".

Es decir que el contacto de legado no podrá ingresar a la cuenta del causante de manera directa, ni eliminar o cambiar publicaciones o fotos antiguas ni otras cosas compartidas en la biografía, no podrá leer mensajes o eliminar personas de la lista de amigos. Es entonces que Rodríguez Prieto y Martínez Cabezudo nos proponen: "imaginemos el caso de que el causante haya fallecido por homicidio, y que el autor del delito se encuentre entre su lista de amigos, después de la muerte podría darse la macabra e insultante circunstancia de mantener con este el estado de 'amigo'" **(14)**.

Como hemos señalado, los herederos no son contemplados por Facebook como gestores de la cuentas, solo lo será la persona designada por el causante y con facultades limitadas por la empresa proveedora.

Si se desea retirar la cuenta, una suerte de lo que el derecho francés llama "muerte digital", el procedimiento se complica aún más. Para ello se requiere que el "representante del fallecido" deba ponerse en contacto con Facebook, punto este que nos hace pensar a quién refiere la cláusula, si a algún heredero, o al albacea testamentario, o en última ratio al administrador de la herencia. Una vez puesto en contacto, deberá

(13) RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael — MARTÍNEZ CABEZUDO, Fernando, ob. cit., p. 98.

(14) RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael — MARTÍNEZ CABEZUDO, Fernando, ob. cit., p. 99.

Thomson Reuters

presentar, junto con la solicitud, una documentación que acredite tanto la muerte del titular como la capacidad de la persona de representar los intereses del fallecido, nos seguimos preguntando, ¿será necesaria además del acta de defunción el auto de declaratoria o protocolización de testamento?

Sin perjuicio de la dificultad manifiesta que conlleva el procedimiento de cierre de la cuenta, lo preocupante es, que la empresa se arrogue tantos derechos e incluso se reserve la posibilidad de seguir obteniendo beneficios de cuentas de fallecidos, sometiendo así, nuestra identidad digital, a un régimen claramente dictatorial.

En el caso otras redes, como por ejemplo Twitter, la situación no mejora. Las previsiones en caso de fallecimiento vuelven a estar en una sección de "políticas y reportes". En esta red social incluso el formulario que hay que enviar, para recibir más instrucciones, se encuentra solo en inglés.

Estas empresas no solo tienen vía libre para negociar con nuestros datos y apropiárselos, sino que además pueden explotarlos después de nuestro fallecimiento, sin tener que rendir cuentas a nuestros herederos por ello. En el caso de YouTube, tampoco existe referencia a herederos o a lo que sucederá con el legado de nuestro trabajo en la red de vídeos y otros servicios de la compañía.

En el caso de Google, existe una referencia en los "términos y condiciones de uso" en la siguiente forma: "Estas condiciones rigen la relación entre Google y tú, y no generan ningún derecho del que pueda ser beneficiario un tercero". Esta cláusula nos podría indicar que en caso de muerte no se deriva ningún derecho para los herederos del fallecido. Como en los otros casos, hay que recurrir a la "sección de ayuda", para encontrarnos con una declaración que señala textualmente que "si una persona fallece, podemos trabajar con sus familiares más cercanos y sus representantes para cerrar su cuenta en caso necesario". Nos preguntamos, al igual que muchos autores, qué puede significar la vaga idea de "podemos trabajar". Nos parece que es un concepto jurídico indeterminado.

Como podemos observar, si bien la utilización de testamento podría operar como medio para ordenar el destino de los bienes digitales que no se transmiten a los herederos por el mero hecho de serlos, no resuelve todos los posibles problemas. Esto se debe a las abusivas relaciones contractuales a las que se somete el usuario-causante con la empresas propietarias de las plataformas digitales, las cuales, en este caso planteado, si bien no podrían escudarse en la necesidad de preservar la intimidad del causante —por existir una disposición de última voluntad—, lo hacen invocando el carácter intransmisible de la relación contractual mantenida con el causante y los derechos derivados de ella., como así también, en el derecho a la privacidad y secreto de las comunicaciones en protección de terceros usuarios del sistema que hayan interactuado con el causante. Es por todo ello que arribamos al angustiante desenlace de la pérdida de los datos digitales de titularidad del causante, es decir, de su memoria e historia familiar.

Sin embargo, destacamos la importancia de la presencia de un acto de última voluntad, ya que no se puede presumir que al causante le sería indiferente, que tras su muerte, se entreguen o transmitan sus mensajes, escritos o fotografías privadas.

III.2.b. Facultades de los herederos del usuario-causante

Si ya el panorama hasta aquí era desalentador, aún en presencia de un posible acto de última voluntad, acompañado de la realización de las diligencias exigidas por las compañías de redes sociales en la designación de un "contacto de legado", en el supuesto de la ausencia de estas diligencias previas, la escena es mucho peor.

Al tratar este tema, Santos Morón, plantea los siguientes interrogantes: "¿Qué sucede, en la práctica, cuando los familiares o herederos del difunto quieren acceder al contenido de sus cuentas de correo personal o a las mantenidas en redes sociales? ¿Se les permite acceder y consultar su correo electrónico? ¿Tendrían derecho a que se le entregaran fo-

Thomson Reuters

tos, videos y en general copia de los contenidos almacenados en dichas cuentas?" **(15)**.

Siguiendo la línea de los argumentos expresados hasta el momento, la respuesta que surge instantáneamente es en sentido negativo. Las reiteradas razones que esgrimen las empresas para negarse a las peticiones de familiares y herederos son principalmente dos: i) la intransmisibilidad de los derechos del usuario que suele establecerse en las condiciones generales de los contratos; y ii) la necesidad de proteger la privacidad de los usuarios.

Creemos que esto se debe principalmente a la falta de regulación que hay sobre esta materia. Es claramente una tarea pendiente del derecho sucesorio. Pero es dable aclarar que esta patología de incompletitud del sistema normativo, como ya lo alertamos, no es exclusiva del derecho argentino, incluso la comparten la mayoría de los países del globo, salvo algunas excepciones y de mínima regulación, entre las que encontramos a los países como EE.UU., Francia y España, en este último caso, en particular la Región de Cataluña.

Por lo cual, frente a la escaza legislación y criterios jurisprudenciales unívocos, es que decidimos, a los fines de destacar la importancia, riesgo y gravedad de este tema, exponer algunos casos testigos, y así evidenciar el patrón de interés que poseen los herederos frente a la identidad digital del causante.

a) Tribunal de Sucesiones de Oakland, Michigan, en Autos: *In re* "Ellsworth vs. Yahoo!", año 2005, en este caso John Ellsworth, padre de Justin Ellsworth, soldado que murió en Irak, solicito a la compañía Yahoo! a que se le entregara el contenido de la cuenta de correo de su hijo. Yahoo!, con base en la política de la compañía se rehusó, por lo que su padre acudió a los tribunales de Michigan a judicializar la petición. El tribunal, basándose en que los datos digitales forman parte del patrimonio del causante, ordenó a la empresa a entregar a sus padres el contenido de la cuenta en un CD.

b) Corte Federal de California, en Autos: "Anisa Daftary y otro vs. Facebook", año 2012, aquí la madre de una famosa modelo, que falleció tras caer intencionalmente de la duodécima planta de su edificio en Manchester, intento obtener información de la cuenta de su hija a los fines de conocer el estado mental o motivos que la llevo a la realización de esta acción. La Corte sostuvo que las comunicaciones almacenadas forman parte de los derechos de privacidad que protegen las comunicaciones y contenidos de las cuentas, y por lo tanto que Facebook no puede ser obligado a entregar los contenidos por medio de una acción civil.

c) Corte Suprema de Justicia de Massachusetts, en Autos: "Ajemian vs. Yahoo!", año 2017, los hermanos del difunto, que también eran administradores de su herencia, intentaron tener acceso a su cuenta de e-mail para notificar a sus amigos y familia de la defunción, pero Yahoo! se negó. Tras ciertas negociaciones les entregó un listado con la información de cabecera de los correos pero no dejó ingresar en su contenido. Los hermanos litigaron para obtener acceso al contenido pero el tribunal, bajo una salida sutil, denegó la petición basándose en vicios procesales en que habían incurrido los peticionantes.

d) Corte Federal de Justicia Alemana, en Autos: "Madre de L. W. vs. Facebook, 2018", en este caso la hija de la demandante, de 15 años de edad, murió el 3 de diciembre de 2012 en un accidente en el metro de Berlín, por causas hasta ahora inexplicables. Fue atropellada en la estación de metro y murió poco después en el hospital. Frente a que las circunstancias hacían dudar si se trataba de un suicidio, es que la madre, con el objeto de obtener información y comprobar si su hija había sufrido algún tipo de acoso o *bullying*, que la haya llevado a este trágico final, es que solicita a Facebook el acceso a la cuenta, lo que la empresa impidió. Sin perjuicio de que la madre detentaba, por entrega voluntaria de su hija, la clave de acceso, se vio imposibilitada de ingresar debido a que la empresa proveedora transfirió inmediatamente la cuenta a estado "conmemorativo", prohibiendo así cualquier tipo de acceso. Por lo que comenzada la contienda judicial, es que en el mes de diciembre del

(15) SANTOS MORÓN, María José, ob. cit., p. 424.

Thomson Reuters

año 2015, el Tribunal de primera instancia de Berlín (*Landesgericht*) resolvió a favor de los padres, obligando a Facebook a otorgarle acceso a la cuenta, entendiendo que el contrato celebrado entre la usuaria-causante y Facebook ingresaba dentro de la transmisión de derechos por causa de muerte, y por lo tanto, los contenidos o bienes digitales publicados en la cuenta. Facebook apela la resolución, con efectos suspensivos, obteniendo en el año 2017, de parte de la Corte de Apelación de Berlín (*Kammergericht*), sentencia favorable que revoca lo resuelto por el *iudex a quo*. Pero los argumentos que utiliza la Corte de Apelación para justificar su resolución es en otro sentido al abordado por el tribunal inferior, ya que no se pronuncia sobre la cuestión de si las cuentas y los contenidos almacenados en cuentas virtuales forman parte o no de la herencia, sino que la prohibición de acceso se encuentra exclusivamente en la necesidad de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones, protegida en el país alemán por la TKG —Ley federal de telecomunicaciones vigente desde 1996—. Posteriormente la demandante recurre frente a la Corte Federal de Justicia Alemana, la cual, en el año 2018 resolvió, por medio de un fallo inédito, revocar la sentencia del Tribunal de Apelaciones y por lo tanto otorgar el acceso a la cuenta de la joven fallecida. Este fallo sienta un claro e inédito precedente debido a que sostiene que los datos que el gigante estadounidense pretende proteger son transmisibles por causa de muerte y que la confidencialidad de los datos no se ven afectados ya que la legislación que protege este tipo de derechos *intuitu personæ* solo lo hace sobre personas vivas.

IV. Palabras finales

La falta de regulación, no solo sobre patrimonio digital, sino también, sobre la protección de la personalidad pretérita, y sumado a la ausencia de criterios claros y unívocos en la resolución de los casos planteados, es que se obtiene como resultado, pérdidas de bienes de una riqueza incalculable, y posibles vulneraciones a los derechos de intimidad, honor e imagen del causante y de terceros.

En conclusión sostenemos la necesidad de una pronta regulación, tomando como punto de partida precisiones en lo que respecta al especial objeto de la relación de transmisión sucesoria por causa de muerte frente a la existencia de bienes digitales. Y así, al fijar el contenido del patrimonio digital, nos permitirá dilucidar su inclusión o no dentro de la comunidad hereditaria.

Por ultimo concluimos que no es más que una tarea obligada para el Derecho Sucesorio, ya que los resultados obtenidos en la actualidad reportan una pérdida de bienes, no solo de contenido patrimonial, sino también extrapatrimonial, y estos últimos, de un alto valor sentimental, no solo para él causante, sino para sus derecho-habientes.

En la actualidad este patrimonio se encuentra apropiado por las grandes compañías digitales de telecomunicaciones, quienes disponen despóticamente sobre su destino, que no será más, que el de una papelera de reciclaje digital. Por lo tanto, es allí, en donde yace, en la era digital, parte de nuestro legado familiar.

Thomson Reuters

Sobre los testamentos en época de pandemia

Mauricio Moyano [(*)]

Sumario: I. La regulación de los testamentos especiales por el viejo Código Civil.— II. La derogación de la mayoría de los testamentos especiales por el nuevo Código Civil y Comercial.— III. La opinión de la doctrina sobre la derogación de los testamentos especiales.— IV. La pandemia actual, el aislamiento obligatorio y la necesidad de testar.— V. En caso de que el asesoramiento otorgado por el profesional del derecho no se considere de fuerza mayor, ¿el testamento otorgado en época de pandemia será igualmente válido?— VI. La obligación de registrar los testamentos.— VII. Conclusiones.

I. La regulación de los testamentos especiales por el viejo Código Civil

Sabido es que el viejo Código Civil regulaba entre los testamentos ordinarios al abierto, al cerrado y al ológrafo; mientras que entre los testamentos especiales o extraordinarios se encontraban el consular (arts. 3636 y ss.), el de tiempos de guerra (arts. 3672 y ss.), el marítimo (arts. 3679 y ss.), los otorgados en distritos rurales (art. 3655), y en tiempos de peste o epidemia (art. 3689). Estos dos últimos eran considerados por algunos como una variedad respecto del testamento por acto público en tanto debían contar con las mismas formalidades, pero solo variaba el funcionario autorizante. En efecto, y respecto del testamento otorgado en tiempo de epidemia, el art. 3689 del viejo Cód. Civil decía: "Si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual puede hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público". Lo único de "especial" que tenía ese testamento en tiempos de epidemia, es que se podía otorgar frente a un funcionario municipal o jefe del lazareto en vez de un notario. Luego, las demás formalidades eran las mismas, así, p. ej.: debía también contar con la presencia de tres testigos (art. 3654); dejar constancia del lugar, fecha y datos de los testigos (art. 3657); dejar constancia si ha hecho el testamento o si solo ha recibido por escrito sus disposiciones; ser leído a viva voz frente al testador y los testigos (art. 3658); firmado, etc.

II. La derogación de la mayoría de los testamentos especiales por el nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) redujo notablemente las distintas formas de testar regulando entre los testamentos ordinarios al abierto y al ológrafo, y entre los especiales solo al consular (actual art. 2646 del Cód. Civ. y Com.). Sigue subsistiendo el testamento aeronáutico en su ley especial (art. 85 de la ley 17.285) en tanto esta nunca fue derogada o modificada en ese aspecto. No obstante, ello, este siempre ha sido de nula aplicación.

Respecto a la derogación de los testamentos especiales en el nuevo Código Civil y Comercial entendió el legislador que ya no es necesario contar con ellos, en tanto hoy no se justifican. Entre los fundamentos del Código Civil y Comercial podemos leer: "Se suprime... los testa-

(*) Desde hace más de 20 años ejerce en forma particular la profesión de abogado. Actualmente es profesor de Sucesiones en la Universidad del Aconcagua y en la Universidad de Mendoza. Ha disertado en varios congresos y capacitaciones, escrito varios artículos relativos a la materia, y fue director y coautor del libro "El proceso sucesorio en el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza", Ed. ASC, 2018.

Thomson Reuters

mentos especiales previstos por Vélez Sarsfield en los arts. 3672 a 3689 del Cód. Civil, que hoy no se justifican".

III. La opinión de la doctrina sobre la derogación de los testamentos especiales

Frente a la falta de regulación o derogación de los testamentos especiales en el nuevo Código Civil y Comercial, la doctrina ha tenido opiniones encontradas. Julio César Rivera, por su parte, sostiene que la eliminación de los testamentos especiales se justifica, "ya que la institución notarial y la figura del escribano se encuentran ampliamente esparcidas a lo largo y ancho del territorio nacional" **(1)**. Más adelante intentaremos refutar la opinión de tal eximio jurista.

En cambio, y en una opinión más cercana a la que se expone en el presente trabajo, el Dr. José Luis Pérez Lasala se manifiesta en contra de dicha derogación al sostener: "El Código unificado ha suprimido lisa y llanamente los testamentos especiales, a nuestro juicio, sin mayor meditación". Sostenía este jurista que hubiese bastado con realizarles las modificaciones legislativas que corresponden a nuestra época, sin necesidad de recurrir a su eliminación. Pregonaba como importante mantener los testamentos especiales, entre ellos, el militar y el marítimo **(2)**.

Por mi parte, creo que se deberían haber mantenido los testamentos especiales en el nuevo Código Civil y Comercial. Tal vez su mantenimiento tendría que haber venido acompañado de una norma genérica que los autorice. La realidad actual nos ha demostrado que todavía son necesarios los testamentos de guerra, marítimos, consulares y en tiempos de epidemia. Realmente no me imagino que ante una emergencia en un viaje en avión el comandante de la aeronave deje todo lo que está haciendo (que precisamente es evitar que el avión se estrelle) para registrar en su libro el testamento de un pasajero que justo optó por testar en ese crucial momento en que el avión está cayendo a tierra. En cambio, sí lo imagino en un barco, donde los viajes en cruceros pueden durar semanas. De hecho, con esta pandemia hemos visto por televisión a gente desesperada en los cruceros, no teniendo dónde desembarcar, y tal vez con alguno de ellos muy enfermos e incluso hemos visto cruceros con pasajeros fallecidos. También me lo imagino en una guerra como la de Malvinas, que duró más de dos meses y donde pudo presentarse una situación de tales características. Y por supuesto que también los imagino en esta época de pandemia, donde una persona mayor (imaginémoslo de 80 años), internada por COVID-19, quiera expresar su última voluntad frente al director del hospital donde está pasando sus últimos momentos de vida.

Puede suceder que en estas situaciones especiales (militar, marítimo o epidemia) no haya notarios, o que estos no se encuentren dentro de sus atribuciones o de su competencia territorial, o que no se encuentren habilitados, o que el Estado haya prohibido la circulación por cuestiones de salud pública, como está ocurriendo en estos días. También puede suceder que los pocos notarios que estén en función no den abasto y, por ende, sea necesario recurrir a otro funcionario autorizante.

Por todo lo expuesto, es que considero apropiado volver a legislar sobre los testamentos especiales militar, marítimo y para época de peste o epidemia. Y tales nuevos testamentos especiales no deberán ser tan exigentes en cuanto a las formalidades, sino que estas deberían flexibilizarse a fin de procurarse su fácil aplicación entre la población. Deberá buscarse su viabilidad. Recordemos que entre las formalidades que debían cumplirse durante la vigencia del Cód. Civil de Vélez Sarsfield estaban las de contar con la presencia de tres testigos (art. 3654); dejar constancia del lugar, fecha y datos de los testigos (art. 3657); dejar constancia si el funcionario ha hecho el testamento o si solo ha recibido por escrito sus disposiciones; ser leído a viva voz frente al testador y los testigos (art. 3658); ser firmado por todos, etc. Tantas formalidades no hacían más que favorecer las futuras peticiones de nulidad de los testamentos. Tanto fue así, que en Francia el Colegio Notarial llegó a aconsejar a sus notarios no realizar testamentos abiertos en tanto estos eran usualmente anulados con la consecuente responsabilidad de los Notarios

(1) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. LA LEY, 2014.

(2) PÉREZ LASALA, José Luis, "Tratado de Sucesiones", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2014, Tomo II, p. 536.

Thomson Reuters

frente a tales supuestos. Lo mismo podría aplicarse a los testamentos especiales en época de peste. Es por ello por lo que reitero: de legislarse nuevamente sobre los testamentos especiales, habría que bregar por su "informalidad", entendida esta como una formalidad reducida atento a lo extraordinario de la situación.

IV. La pandemia actual, el aislamiento obligatorio y la necesidad de testar

Como ya es sabido por todos, el día 11 de marzo del 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia del COVID-19 luego de que el número de personas infectadas en todo el mundo llegara a 118.554, los muertos a 4281, afectando a 110 países. Pocos días después, el 20 de marzo del 2020, el Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina, a través del DNU 297/20, ordenó en todo nuestro país el aislamiento social, preventivo y obligatorio a fin de hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19. Así, se ordenó que, salvo las actividades exceptuadas, las personas debieran abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. En este mismo sentido, no está permitido realizar ningún evento que implique reunión de personas.

En la Argentina los notarios no fueron considerados actividad esencial conforme el DNU 297/20 antes referenciado. Recién con la decisión administrativa 467 emanada del Jefe de Gabinete Nacional, de fecha 08/04/2020, se reconoció a los Notarios como una actividad esencial, pero limitado a ciertos casos: los de fuerza mayor, a actos relacionados con las actividades consideradas esenciales según la normativa vigente, y para la certificación de poderes del ANSeS. Luego, por decisión administrativa 524 se abrieron los Registros Nacionales del Automotor, autorizándose a los escribanos a certificar firmas en todos los formularios tipo.

Fue así que esta última res. 467 incorporó a la actividad notarial como servicio esencial en los términos previstos en el dec. 297/20, debiéndose otorgar los actos notariales del caso solo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones. Dicha resolución, en su art. 3°, determina que los Notarios que otorguen actos en virtud de lo dispuesto en la presente decisión administrativa deberán: dejar constancia en los respectivos documentos que autoricen de los motivos que justifican su intervención con expresa mención del dec. 297/20 y de la res. 467; y dentro de los diez (10) días corridos del mes inmediato siguiente al de la finalización del aislamiento social, preventivo y obligatorio, notificar al Colegio Profesional que corresponda cualquier acto protocolar o certificación de firmas realizados con fundamento en la presente y acreditar el cumplimiento de los requisitos expuestos.

Más allá de la legislación de emergencia antes referida (dec. 297/20 y res. 467/20), lo cierto es que hoy por hoy (primera semana de mayo del 2020) estamos atravesando una pandemia mundial con casi 4.000.000 de personas contagiadas en el mundo que torna necesario contar, en nuestro país, con el testamento en tiempos de peste.

No obstante, tal propuesta *de lege ferenda*, frente a la ausencia de tal testamento especial, debemos encontrar una solución jurídica frente a la necesidad actual.

El grupo de mayor riesgo frente al COVID-19 son las personas mayores de 65 años, en tanto el promedio de edad de los fallecidos en el mundo es de 70 años. Según las estadísticas, si una persona mayor de 65 años se contagia del COVID-19 tiene 80% de posibilidades de morir. Conf. las estadísticas brindadas, es lógico pensar que personas de ese grupo de riesgo vean la necesidad de testar, de disponer para después de su muerte del destino de sus bienes, de disponer sobre su sepelio (más allá de su valor legal como disposición testamentaria obligatoria), de nombrar tutores o curadores para sus hijos menores o incapaces, de mejorar a algún heredero o incluso de utilizar la mejora estricta del art. 2448 del Cód. Civ. y Com. para algún descendiente o ascendiente con discapacidad, entre otras tantas alternativas que podemos encontrar en las disposiciones testamentarias.

Todas estas personas que se encuentran en la necesidad de testar, que ven cercana a la muerte, como muy probable su pronto fallecimiento, no pueden testar por acto público (arts. 2479 y ss. del Cód. Civ. y Com.) en tanto las reuniones están prohibidas (DNU 297/20) y el otorgamien-

Thomson Reuters

to de tal forma de testamento supone la participación de al menos cuatro personas: el testador, el notario y dos testigos. Es por ello por lo que las personas que hoy quieran testar solo lo podrán hacer por medio del testamento ológrafo (arts. 2477 y ss. del Cód. Civ. y Com.). Será de mucha importancia, entonces, que esos testadores cuenten con el asesoramiento jurídico a fin de que su acto cumpla con las formalidades correspondientes y no sea anulado el día de mañana. Se buscará garantizar la eficacia de tal acto *mortis causa*.

En consecuencia, considero que el asesoramiento en la confección de un testamento ológrafo y su posible protocolización y/o certificación de firma deben ser considerados casos de fuerza mayor cuando el testador es una persona que integra un grupo de riesgo y tiene fundados motivos para pensar en un pronto deceso como consecuencia del COVID-19. En este orden de ideas, si bien los Escribanos ya son considerados como personas afectadas a servicios esenciales, sus desplazamientos deben limitarse al estricto cumplimiento de sus actividades y servicios cuando atiendan un caso de fuerza mayor como lo es el otorgamiento de un testamento por una persona de riesgo y en peligro de muerte. Símil conclusión podrá arribarse respecto de los abogados que quieran asesorar a sus clientes en la confección de un testamento ológrafo y en la redacción de sus disposiciones testamentarias. Es decir, que los abogados también tendrían que ser exceptuados de la prohibición de circular, en tanto tendría que ser considerado un caso de fuerza mayor cuando quieran asesorar en el otorgamiento de un testamento a una persona de riesgo y en peligro de muerte. Sin perjuicio de lo expuesto, se entiende que en época de pandemia deberá priorizarse el asesoramiento jurídico a través de medios virtuales, cuestión difícil de imponer a las personas de mayor edad y, muchas veces, difícil de utilizar por ellos.

V. En caso de que el asesoramiento otorgado por el profesional del derecho no se considere de fuerza mayor, ¿el testamento otorgado en época de pandemia será igualmente válido?

Desde ya considero que el asesoramiento jurídico para testar, brindado a una persona de un grupo de riesgo, en época de pandemia y de aislamiento obligatorio es un caso de fuerza mayor. Por ende, los Notarios y abogados deberán ser exceptuados del aislamiento obligatorio y permitir el asesoramiento de sus clientes a los efectos de otorgar un testamento ológrafo, en tanto es un caso de fuerza mayor. El Código Civil y Comercial conceptualiza el caso fortuito en el art. 1730, y sostiene: "Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos".

Más allá de mi particular posición expuesta, lo cierto es que aun cuando la justicia considere que el caso no era de fuerza mayor y se impute al profesional jurídico que asistió al testador del delito penal contra la salud pública (art. 205, Cód. Penal), el testamento ológrafo conservará su validez si fue realizado conf. los requisitos mínimos que exige nuestra ley, a saber: escrito de puño y letra por el testador, firmado por él y fechado (art. 2477 del Cód. Civil y Com.). Por demás, y en caso de haber sido el testador asesorado por un notario, nada obstará que el testamento tenga más formalidades que las exigidas (art. 2474 del Cód. Civ. y Com., último párrafo), como p. ej.: certificación de firma o la presencia de algún testigo.

VI. La obligación de registrar los testamentos

En todas y cada una de las provincias de la Argentina funcionan los Registros de Actos de Última Voluntad donde se registran los testamentos, sus modificaciones y revocaciones. Actualmente, en todas las circunscripciones de Argentina estos Registros se encuentran temporalmente cerrados por la pandemia.

Por ello, los testamentos válidamente otorgados durante la pandemia deberán ser registrados cuando tales Registros abran. Así lo establece la decisión administrativa 467 emanada del Jefe de Gabinete Nacional en su art. 4°: "Durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio, los Colegios Profesionales deberán dar estricto cumplimiento a las normas resultantes del dec. 297/20 debiendo permanecer cerrados, sin actividad presencial alguna

Thomson Reuters

ni atención al público y solo podrán establecer guardias excepcionales, mínimas y restringidas al solo y único fin de posibilitar la formalización y legalización de los documentos de los que da cuenta la presente decisión administrativa que sean otorgados con las finalidades expuestas. Una vez finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio, en ejercicio de sus facultades de contralor de la actividad notarial en sus respectivas jurisdicciones y como parte de sus cronogramas previstos y habituales, los mencionados Colegios Profesionales deberán verificar el cumplimiento de la presente decisión administrativa...".

Sin perjuicio de lo expuesto, finalmente aclaro que no anula el testamento la falta de registración de este en el correspondiente Registro de Actos de Última Voluntad.

VII. Conclusiones

De todo lo expuesto en el presente, puedo obtener las siguientes conclusiones:

En un futuro próximo y en pos de facilitar que los ciudadanos testen, deberían incorporarse a nuestra legislación actual los testamentos especiales y, entre ellos, el de época de pandemia, en tanto los médicos especialistas sostienen que estas pandemias serán comunes en el futuro.

Estimo que la recepción legislativa de los testamentos especiales deberá hacerse en forma unificada. Es decir, que tal vez en un solo artículo podrá el legislador reincorporar el testamento otorgado en situaciones especiales o extraordinarias.

Tales testamentos especiales no deberían ser tan exigentes en cuanto a las formalidades, sino que estas tendrían que flexibilizarse en pos de procurar su fácil aplicación entre la población. Recordemos que, conf. el viejo Código Civil, entre las formalidades que debían cumplir los testamentos en época de peste estaban: contar con la presencia de tres testigos (art. 3654); dejar constancia del lugar, fecha y datos de los testigos (art. 3657); dejar constancia si el funcionario ha hecho el testamento o si solo ha recibido por escrito sus disposiciones; ser leído a viva voz frente al testador y los testigos (art. 3658); ser firmado por todos, etc. Tantas formalidades no hacían más que favorecer las peticiones de nulidad de tales testamentos en tanto eran tantas que siempre alguna se olvidaba o incumplía.

Por último, en la situación actual de pandemia y hasta tanto se habilite la reunión de personas, sería conveniente priorizar los testamentos ológrafos con el asesoramiento de los notarios o abogados a fin de que su acto cumpla con las formalidades correspondientes, debiendo considerarse a estas actividades como de fuerza mayor, y esenciales en el ámbito de la restricción de circulación.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

PERSONA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Planes *low cost* de cobertura médico-asistencial parcial de empresas de medicina prepaga

Análisis de la disp. 900/2019-SSS, la res. 1277/2019-SSS y concordantes

Martín Zambrano (h.) (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La juridicidad de la disp. 900/2019-SSS y la res. 1277/2019-SSS.— III. Procedimiento administrativo de aprobación de planes médico-asistenciales de tipo parciales.— IV. Conclusión.

I. Introducción

En fecha 7 de junio del año 2019 se publicó la disp. 900/2019-SSS **(1)**, suscripta por la entonces titular de la Gerencia de Control Prestacional de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, organismo descentralizado del actual Ministerio de Salud de la Nación, con personería jurídica propia (conf. el decreto de estructura 1615/1996, modificada por el dec. 2710/2012 y ccs.).

La disposición mencionada aprueba dos tipos de planes médico-asistenciales de tipo parciales denominados a) *Plan Parcial de Cobertura Prestacional Ambulatoria* y b) *Plan Parcial de Internación,* conocidos en el ámbito *lego* como *low cost* **(2)** (denominación que puede entenderse por la vía de la analogía por la denominación que reciben los pasajes de bajo costo de nuevas empresas de traslado aéreo).

La denominación "parcial" entra en consideración por el contraste de la noción de una cobertura "mínima" establecida en el art. 7° de la ley 26.682 (en adelante, Ley de EMP), encontrándose está constituida por las coberturas del Programa Médico Obligatorio de Emergencia, consagrado como definitivo por la res. 1991/2005-MSAyAS (en adelante, PMO) y por el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la ley 24.901 y sus complementarias y modificatorias. Dicha imposición de una cobertura mínima obliga a las entidades sometidas al imperio de la Ley de EMP, a que no podrán, como regla, dar coberturas que nieguen su contenido básico.

(*) Abogado (UCA). Coordinador del Curso de Posgrado de Instituciones de Derecho de la Salud, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Sanitario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Autor de diversos artículos y ponente de diversas conferencias de la materia.

(1) La referencia protocolar es "DI-2019-900-APN-GCP#SSS", en virtud del sistema electrónico de Gestión de Documentación Electrónica "G.D.O.", implementado por el dec. 561/2016, vigente para la Administración Pública Nacional centralizada o descentralizada (Sector Público Nacional), como así acontece con el resto de la gran mayoría de las decretos o reglamentos aquí desarrollados, los cuales cuentan cada uno con una referencia protocolar, la cual se remite a su búsqueda en Infoleg, en honor a la brevedad.

(2) https://www.ambito.com/prepagas-gobierno-aplica-controles-los-planes-low-cost-n50.53060 https://www.cronista.com/apertura-negocio/empresas/Prepagas-lanzan-primeros-planes-parciales-low-cost-20.190618-0015.html.

Thomson Reuters

Pero *la obligatoriedad de la cobertura mínima por las empresas de medicina prepaga (en adelante, EMP)* dispuesta por dicho art. 7°, como se adelanta, *contempla cuatro excepciones en tres incisos* y un *párrafo aparte*. Las tres primeras excepciones versan en el supuesto de aquellas empresas de medicina prepaga que ofrezcan planes exclusivamente de (a) *servicios odontológicos*, (b) *servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas* y (c) *aquellas que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil (5.000)*. El supuesto (c) se presenta como vago y necesitado de pautas orientativas, pues no se establecen criterios para determinar el *quantum* de prestaciones que pueden otorgar las empresas que prestan cobertura en una sola jurisdicción y tienen menos cinco mil usuarios: ¿entendemos por jurisdicción un municipio, localidad, partido o provincia?, ¿si no llegan estas EMP a los 5.000 usuarios pero prestan servicios en dos jurisdicciones, tienen que dar el PMO completo?, ¿dan coberturas ambulatorias, de internación, de baja, mediana o alta complejidad? y ¿para qué rangos etarios? Además, algo que la ley y la Reglamentación no han resuelto, es cómo morigerar en estructura de costos y prestaciones el acceso progresivo de las coberturas íntegras mínimas del PMO (p. ej., el tratamiento de pacientes de hemofílicos, que pueden ser considerados en su aspecto económico-financiero como "catastrófico" por el costo de estos, por el mero hecho de llegar a cinco mil usuarios, ¿tiene el mismo deber de cobertura repentino que una empresa de medicina prepaga de quinientos mil usuarios?).

El cuarto supuesto, que obra al final del art. 7° referido *ut supra*, se virtualiza a partir de una intervención de la Comisión Permanente, que en el capítulo siguiente expondremos, la cual "...podrá proponer nuevos planes de coberturas parciales...".

En este marco jurídico se ha dispuesto ahora la creación de los Planes de Cobertura Médica Parciales, lo que constituye una novedad en el derecho de la salud argentino, ya que hasta el año 2019, como lineamiento general, las Obras Sociales Nacionales, que integran como Agentes el Sistema Nacional del Seguro de Salud (conf. leyes 23.660 y 23.661), y las empresas de medicina prepaga (conforme establecimos *ut supra*), ofrecían planes de cobertura "mínima" total (en contraposición con la noción de parcial).

De hecho, las obras sociales nacionales, que no presten servicios de medicina prepaga en sus planes de adhesión "privada" **(3)**, no pueden ofrecer planes parciales, ya que su *lex especialis* y reglamentación no lo permite **(4)**. Respecto a esta cuestión, los planes superadores o complementarios de las obras sociales no podrían ofrecer prestaciones parciales en virtud del principio *nemo plus iuris* (si no pueden ofrecer en sus planes básicos coberturas parciales, menos lo podrán hacer en sus complementarios o superadores).

Dicha tesitura pareciera ratificarse en un principio que estableció el decreto reglamentario de la ley 26.682, el dec. 1993/2011, al establecer: "No se podrán derivar aportes de la Seguridad Social a un plan parcial". Cuando se refiere a la reglamentación del art. 7° de la Ley de EMP. Es decir, cuando entra en vigor el orden público de las leyes 23.660 y 23.661, no se aceptan estos regímenes de cobertura parciales.

Habiendo introducido la novedad del tema, procederemos a analizar jurídicamente esta nueva reglamentación. Lo haremos en dos capítulos. En el primero, me propongo considerar en sí misma la disp. 900/2019-SSS y la res. 1277/2019 de la Superintendencia de Servicios de Salud, haciendo foco en dos aspectos: la competencia para el dictado de la norma y un análisis de la normativa a la luz de los principios que regulan el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la autoridad administrativa, sobre todo el principio de razonabilidad. En un segundo capítulo, veremos cómo es el procedimiento para la aprobación de estos planes de cobertura "parcial", procedimientos que va-

(3) Los contratos de adhesión, conforme la denominación propia que reciben por la res. 490/1990-INOS, emitida por el Instituto de Obras Sociales, antecedente institucional de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, resulta el antecedente jurídico directo de la medicina privada en el ámbito del Sistema Nacional del Seguro Social de Salud.

(4) Ver primer considerando de res. 83/07-MSyAS y quinto de res. 560/12-SSS, que establecen los Programas Médico Asistenciales de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga, que indefectiblemente deben cubrir el PMO.

Thomson Reuters

rían según se busque registrar los planes definidos en la disp. 900/2019-SSS o se busquen crear nuevos tipos de planes médico-asistenciales de tipo parciales. Luego haremos una recapitulación con algunas reflexiones conclusivas.

II. La juridicidad de la disp. 900/2019-SSS y la res. 1277/2019-SSS

La disp. 900/2019-SSS se dictó en base a la competencia delegada en virtud de la res. 550/2019-SSSalud, siendo que quien tiene dicha facultad por ley a estos efectos es una Comisión Permanente, contemplada en el art. 6° de la ley 26.682, sobre Régimen de Empresas de Medicina Prepaga. El dec. regl. 1993/2011 de la Ley de EMP, en lo que concierne al art. 6° de la Ley de EMP, establece que dicha Comisión elaborará su propio Reglamento de Funcionamiento el que será aprobado por la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación. La *telesis* de la instauración legal de esta Comisión es funcionar como órgano de articulación de las funciones establecidas a la Autoridad de Aplicación de la ley referida.

Conforme las normas transcriptas, la ley faculta entonces a la Autoridad de Aplicación de la ley 26.682, la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación **(5)**, a través de su Comisión Permanente, a autorizar nuevos planes de coberturas parciales. La redacción actual del art. 7° y de su reglamentación ha sido reeditada en virtud del dec. 66/2019, que ha establecido: "Además, la Autoridad de Aplicación podrá autorizar nuevos planes de coberturas parciales a propuesta de la Comisión Permanente prevista en el art. 6º de la ley 26.682 y su modificación. Los sujetos comprendidos en el art. 1º de la ley podrán presentar nuevos planes de coberturas parciales a la Comisión Permanente".

Es decir, sea a instancias de oficio o de una petición de un administrado a la Comisión Permanente (sea Obra Social nacional, personas jurídicas de la Ley General de Sociedad 19.550, Cooperativas, Asociaciones, Fundaciones, etc. que se encuentren alcanzadas por los arts. 1° y 2° de la ley 26.682), se podrán establecer nuevos tipos de planes de cobertura parcial.

Nos introducimos entonces en el universo del ejercicio de facultades discrecionales, instituto jurídico del Derecho Administrativo, reglado por ciertas pautas, que la autoridad sanitaria, en ejercicio de poder policía sanitario, emplea en virtud de la oportunidad, mérito y/o conveniencia. Como lo señala Cassagne, "*...la apreciación y determinación de la oportunidad o mérito* (o conveniencia) *puede resultar tanto del ejercicio de potestades regladas como discrecionales, o bien, como acontece en la mayor parte de los casos, una combinación de ambas"* **(6)** (la cursiva me pertenece). El mismo jurista cita posturas como la de Sesín **(7)**, quien pondera que, en la actividad administrativa discrecional, es mayor ostensiblemente la apreciación de la oportunidad mérito o conveniencia.

Por su parte, Gordillo realiza la siguiente clasificación en lo que se refiere a las facultades de la Administración Pública: "*La primera distinción entre facultad reglada o discrecional tiene íntima relación con que se haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo, según veremos en las páginas siguientes... Creemos que el principio de la razonabilidad puede también ser aplicado, con éxito, a temas tales como la racionalidad económica de una medida administrativa o legislativa determinada, aunque cabe convenir que existen demasiados ángulos de discusión como para tener optimismo en el corto plazo al respecto"* **(8)** (la cursiva me pertenece).

Antes de seguir analizando cómo se va desplegando la discrecionalidad administrativa, debemos ponderar otro objeto propio y previo a la discrecionalidad, del derecho administrativo: la competencia.

(5) El dec. regl. 1993/2011 modifica en este aspecto a la redacción original de la ley 26.682, al establecer en el art. 4° primeramente que es el Ministerio de Salud de la Nación la autoridad de aplicación.

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 8a ed., T. II, p. 222.

(7) SESÍN, Domingo J., "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica", Depalma, Buenos Aires, 1994, 1a ed., ps. 150/151.

(8) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2013, 11° ed., T. I, ps. X-11.

Thomson Reuters

II.1. La Competencia de la Gerencia de Control Prestacional de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación

La Autoridad de Aplicación, en virtud de la res. 550/2019-SSSalud, teniendo en cuenta la duplicidad de funciones que implicaría la actividad de la Comisión configurada por el dec. 380/19, respecto de las de la Gerencia de Control Prestacional del organismo en cuestión al aprobar, delegó a esta "...la facultad de dictar las disposiciones que deriven de la intervención de la Comisión Permanente del art. 6º de la ley 26.682".

Ya sea en competencia originada, o derivada, hay una sucinta serie de pautas que predeterminan las facultades otorgadas por ley a la Administración, que predeterminan la conducta administrativa.

"La ley siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita, la competencia que tienen los órganos administrativos para actuar; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad; ese es un primer e importante grupo de casos de regulación de la actividad administrativa. Un ejemplo de regulación directa de la competencia lo encontramos en el art. 7º, inc. a), del dec.-ley 19.549/72, de acuerdo con el cual el acto debe *ser dictado por autoridad competente*, el cual se complementa con el art. 3º del mismo texto, que establece que la competencia será la que resulta según los casos, de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos que se dicten, pudiendo también surgir de delegación o sustitución expresamente autorizada por una norma concreta" **(9)** (la cursiva me pertenece).

A la luz de la doctrina citada, ¿resulta competente como autoridad la gerente de Control Prestacional de la Superintendencia referida, dictar planes parciales, como órgano unipersonal, en avasallamiento de la funcionalidad a un órgano colegiado integrado por seis representantes de dos carteras ministeriales distintas? ¿Podía delegarse dicha facultad a un gerente, que no dio intervención formal a la Comisión, siendo que esta última ni siquiera ha dictado su reglamento de funcionamiento? La disp. 900/2019-SSS, en sus considerandos, al citar la res. 550/2019-SSSalud para legitimar su competencia, remite tácitamente a su considerando séptimo: "Que teniendo en cuenta lo expuesto en el Considerando anterior, y la duplicidad de funciones que ello implica, es menester facultar al funcionario que desempeña el cargo de gerente de Control Prestacional a dictar las disposiciones que deriven de la intervención de la Comisión Permanente del art. 6º de la ley 26.682". Si tenemos en cuenta las funciones de la Gerencia de Control Prestacional a tenor del decreto de estructura 2710/2012 **(10)**, ¿se puede

(9) GORDILLO, Agustín, "Tratado...", cap. X, T. I, ps. X-14.

(10) Gerencia de Control Prestacional.- Responsabilidad Primaria.- Entender en el control de las relaciones prestacionales entre los prestadores de Servicios de Salud y los Agentes del Seguro de Salud, Empresas de Medicina Prepaga, Cooperativas, Mutuales, asociaciones civiles y fundaciones del Sistema de Salud. Fiscalizar el cumplimiento de las normas prestacionales, considerando al Programa Médico Obligatorio como condición básica, por parte de las mencionadas entidades del sistema así como de los prestadores de Servicios de Salud.- Acciones: 1. Proponer normas para estandarizar contratos modelos entre las referidas entidades del sistema de salud y los prestadores, que comprendan el Programa Médico Obligatorio considerando la definición de los aspectos incluidos en el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y promover su observancia. 2. Registrar los contratos efectuados entre las mismas entidades del sistema de salud y los prestadores, verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos, proponer las acciones correctivas y eventualmente las sanciones que correspondan cuando se infrinjan las normas que regulan su contenido. 3. Proponer a la Gerencia General el diseño y actualización de las normas sobre información a ser reclamada a los actores del sistema para su incorporación al Sistema de Información Sanitaria y Asistencial. 4. Aprobar y controlar la correcta gestión de los programas prestacionales de las entidades del Sistema de Salud que se ejecuten a través de efectores propios o contratados. 5. Proponer normas sobre la verificación y evaluación de la producción y remisión de la información relativa al perfil prestacional, los coseguros, las coberturas adicionales al Programa Médico Obligatorio, la utilización de los rubros del Programa Médico Obligatorio y los listados de efectores propios y contratados, a ser provistos por las entidades del Sistema de Salud y prestadores. 6. Controlar la fiscalización que realizan las entidades del Sistema de Salud sobre las prestaciones en relación con los programas asistenciales y garantía de calidad de la atención. 7. Brindar asistencia técnica y capacitación tanto a las entidades del sistema de salud como a los prestadores, con respecto a la celebración de contratos, en términos de accesibilidad, cobertura, integralidad, solidaridad y calidad. 8. Fiscalizar el cumplimiento de las obligacio-

Thomson Reuters

considerar que existe duplicidad de funciones con las encargadas a una Comisión de articulación biministerial? Por otra parte, la misión de la Comisión Permanente tiene origen legal, mientras que la de la Gerencia de Control Prestacional surge de la faz organizativa del Poder Ejecutivo. ¿Puede delegarse en un gerente estas misiones?

II.2. Discrecionalidad y razonabilidad en la función administrativa

Planteada la cuestión preliminar de la competencia, podemos introducirnos en la atinente a la forma en que se despliega la función reglamentaria de las resoluciones bajo estudio. ¿Nos encontramos frente a un actuar reglado o discrecional de la Administración Pública?

Dice Gordillo al respecto: "Las facultades de un órgano administrativo *están regladas* cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano *serán en cambio discrecionales* cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. Dicho de otro modo, *la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público..."* (la cursiva me pertenece) **(11)**.

En el marco reglamentario bajo estudio, entendemos *a prima facie* que nos encontramos frente al ejercicio de un uso discrecional de la administración.

Siguiendo al Administrativista, se entiende que la validez de un acto administrativo ejercido en función discrecional ya sea de alcance particular o general, no solo reposa en la garantía del debido proceso adjetivo, sino también del debido proceso sustancial, o lo que es equivalente, la "garantía de razonabilidad" **(12)**.

El sistema argentino invoca la cláusula constitucional del debido proceso adjetivo (audiencia debida) y sustantivo (razonabilidad, que es lo mismo que decir justicia) **(13)**. "Si trascendente es el lado adjetivo del debido proceso (garantía de defensa), tanto o más aún lo es el sustantivo, como garantía de razonabilidad de los actos estatales y privados dictados en ejercicio de funciones públicas... La garantía de la razonabilidad es la misma tanto si se trata de una norma general o particular, proveniente de cualquier órgano del Estado, o privado con poder monopólico; consiste básicamente en que todo acto estatal o de poder, para ser constitucional, debe tener como mínimo: a) Sustento fáctico suficiente (o 'causa', 'motivo', etc.)... (lo cual implica que los hechos invocados sean ciertos y probados)..., b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan.... y c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y proporcionados tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan" **(14)**.

---

nes de las Obras Sociales, Agentes del Seguro de Salud, Empresas de Medicina Prepaga, Cooperativas, Mutuales, asociaciones civiles y fundaciones del sistema de salud respecto de los pagos por las prestaciones efectuadas a sus beneficiarios por los Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada, procediendo de igual forma respecto a las asociaciones de obras sociales y otros agentes que posean efectores propios. 9. Integrar la coordinación del Comité de Sindicatura en los aspectos atinentes a su competencia. 10. Proponer normas relativas al mejoramiento del control prestacional de los registros y del Hospital Público de Gestión Descentralizada. 11. Orientar los aspectos de su competencia que se ejecutan a través de las Delegaciones de la Superintendencia de Servicios de Salud en el interior de país.

(11) GORDILLO, Agustín, "Tratado...", T. I, cap. X, ps. X-12.

(12) GORDILLO, Agustín, "Tratado...", T. I, cap. VI, ps. VI-35.

(13) GORDILLO, Agustín, "Tratado...", T. I, cap. VI, ps VI-34.

(14) GORDILLO, Agustín, "Tratado...", T. I, cap. VI, ps. VI-38. Y cita que "En los últimos años la CS ha sostenido que, determinadas situaciones, pueden exigir un escrutinio estricto en la aplicación del juicio de razonabilidad previsto por los arts. 14 y 28 de la CN. Es el caso de los actos o normas que establezcan diferencias basadas en lo que se ha denominado "categorías sospechosas". Frente a ellas, no solo se invierte la carga de la prueba en virtud de su presunción de inconstitucionalidad, sino que el Estado debe acreditar que la medida resulta, además de adecuada y proporcional, la menos restrictiva del derecho afectado, de entre todas las posibles (CS, Fallos 327:5118, Hooft, 2004; 329:2986, Gottschau, 2006; 331:1715, Mantecón Valdez, 2008; 332:433, Partido Nuevo Triunfo, 2009 y

Thomson Reuters

En resumidas cuentas, la razonabilidad permite garantizar la validez de la discrecionalidad, y ella debe fundarse en la motivación y la proporcionalidad en orden a su finalidad.

Las medidas que el acto involucre *deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*, que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes.

Este repaso sirve para introducirnos en los motivos que impulsaron la sanción de la disp. 900/2019-SSS, y ver si esta guarda relación de proporcionalidad con la consecución del bien común o el interés público al que se refirió *ut supra*. Y entonces, entender si fue válida.

Es así, que conforme sus considerandos, la disposición reconoce como antecedente que le da origen una propuesta presentada a la Comisión por parte de "...la entidad Swiss Medical SA, a fin de incorporar como nuevos tipos de planes de cobertura parcial a los que la citada entidad denomina 'AMBU 1', 'AMBU 2' e 'INTER 1'". La Comisión se reunió el 3 de junio del año 2019 y analizó la propuesta, recomendando la aprobación de la solicitud. A pesar de no tener reglado su funcionamiento, recomienda aprobar, librando "...el análisis y aprobación de los reglamentos y términos específicos de los mismos a cargo de la Superintendencia de Servicios de Salud" (ver consid. 8 de la disp. 900/2019-SSS).

Así, no habiendo "...objeciones para proceder a la autorización recomendada, en los términos en los que han sido planteados los tipos de planes de cobertura parcial analizados por la Comisión Permanente del art. 6º de la ley 26.682 y subsiguiente recomendación de la misma", se aprueban en virtud de la disp. 900/2019-SSS el "Plan Parcial de Cobertura Prestacional Ambulatoria" que incluye i) *consultas médicas, medicamentos, estudios y prácticas de baja complejidad*; ii) *estudios y prácticas de alta complejidad*, con los mismos alcances que aquellos contemplados en los *incisos a), b) y c) del art. 7º de la ley 26.682*, que deberá ajustarse a *las reglas generales de la ley y su reglamentación* en la medida que *resulten aplicables y conducentes a la naturaleza* de los planes de cobertura parcial; y iii) "Plan de Internación que incluye Emergencias Médicas en domicilio y Guardia, Internación Clínica y Quirúrgica y Medicamentos en Internación". Esta aprobación de planes parciales, a solicitud de una EMP, beneficia a todas aquellas otras entidades que deseen comercializar el mismo plan.

Dado que para los planes parciales ambulatorios no se encontraba definido el contenido de las prestaciones conducentes a la naturaleza de estos, como así acontecía con el de internación, se emite unas semanas después la res. 1277/2019-SSS, que en sus considerandos, establece: "Que en mérito a las consideraciones expuestas y en el ejercicio de las funciones que le son propias a esta Superintendencia de Servicios de Salud, *corresponde regular aspectos vinculados a la reglamentación de los planes de cobertura parcial* que pudieren comercializar las Entidades de Medicina Prepaga, como *asimismo el procedimiento administrativo respecto de la presentación de las solicitudes* que efectúen dichas entidades a los fines de su registración. Que, del mismo modo, *a los efectos de aportar mayor claridad respecto de los procedimientos a seguir para la autorización de nuevos tipos de planes de cobertura parcial,* corresponde dictar las normas para la presentación de propuestas de planes de cobertura parcial a ser sometidas a consideración de la Comisión Permanente del art. 6º de la ley 26.682" (la cursiva me pertenece).

Así, las empresas de medicina prepaga que comercialicen o deseen comercializar planes de cobertura parcial enunciados en la disp. 900/2019-SSS, deberán cumplir con la Reglamentación de los Planes de Cobertura Parcial, que obra en un Anexo I de la res. 1277/2019-SSS, y deberán acompañar una declaración jurada que obra en un Anexo II de esta.

La sanción de esta norma genera cierta inquietud, ya que la disp. 900/2019-SSS había autorizado los planes de cobertura parcial, y ahora

Causa R.401.XLIII, in re, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. EN Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", sentencia del 27-XI-2012.). Este este sentido, puede verse ALONSO REGUEIRA, Enrique M., "El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?", ED, 2008-647 y "El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Revista Derecho Público, Año II, www. infojus.gov.ar, 13/V/2013.

Thomson Reuters

la segunda resolución establece (sin indicar si previamente o no) deben ajustarlas a su tenor, entiendo el suscripto que deberá dictarse un acto administrativo segundo que en cada caso apruebe o no la cobertura. Y para cada empresa de medicina prepaga en particular. En el apartado siguiente ampliaremos la cuestión.

Por lo cual, actualmente estos son los planes que se pueden solicitar comercializar por parte de las empresas de medicina prepaga:

- Plan de servicios odontológicos exclusivamente (ley 26.682, art. 7º, inc. a]).

- Plan de servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas (ley 26.682, art. 7º, inc. b]).

- Plan brindado por EMP que actúa en única localidad y con padrón de usuarios inferior a 5.000 (ley 26.682, art. 7º, inc. c]).

- Plan parcial de cobertura prestacional ambulatoria (disp. GCP 900/2019, art. 1º), de baja complejidad.

- Plan parcial de cobertura prestacional ambulatoria (disp. GCP 900/2019, art. 1º), de alta complejidad.

- Plan parcial de internación (disp. GCP 900/2019, art. 2º).

En el Anexo I de la res. 1277/2019-SSS se establece nuevamente que no se podrá derivar aportes de la Seguridad Social a un plan de cobertura parcial. Y también establece dicho Anexo una cuestión que acarreará una gran complejidad: es la no aplicación del procedimiento establecido en el art. 5º, inc. m), de la ley 26.682 a los planes de cobertura parcial. Es decir, en caso de quiebra, cierre o cesación de las empresas de medicina prepaga que ofrezcan planes parciales, no podrá transferirse dicha cobertura de salud con sus afiliados a otros prestadores inscriptos en el Registro de Empresas de Medicina Prepaga que cuenten con similar modalidad de cobertura de salud y cuota. Esto genera una desigualdad frente a la ley.

Otra disposición que genera incertidumbres: si un usuario o su grupo titular desea contratar un plan de cobertura médica integral u otra cobertura parcial de una misma empresa de medicina prepaga, "...no podrá requerirse valor adicional alguno por situaciones preexistentes cuando la cobertura de estas se encontrase contemplada dentro del plan de cobertura parcial contratado previamente". En el caso de pasarse en la misma empresa de medicina prepaga, ¿podrá adherirse sin valorizarse monto diferencial, al no ser un usuario nuevo?

Pero choca dicha norma con la disposición que indica que como requisitos generales de aprobación a los seis planes se establece que no se podrá incluir períodos de carencia o espera superiores a los doce [12] meses corridos desde el comienzo de la relación contractual para ninguna de las prestaciones cubiertas; y que la declaración jurada de salud que los pacientes suscriban al momento de la afiliación solo podrá contemplar como preexistencia patologías o situaciones cuya prestación o tratamiento se encuentre contemplada dentro la cobertura que el plan abarcará. A los efectos de poder cobrar valores adicionales por preexistencia, deberán dar cumplimiento a lo previsto en el art. 10 de la ley 26.682 y su reglamentación.

Siguiendo con el análisis de la resolución en cuestión, tal vez el aspecto más arduo de reglamentación sea la siguiente: "Se debe brindar cobertura íntegra e ilimitada respecto de toda complicación, efecto adverso, agravamiento de enfermedad, etc. que derive o sea consecuencia de prácticas, procedimientos, intervenciones o cualquier otra prestación cubierta dentro del plan". Pongamos un ejemplo: si se quisiese brindar un plan "Mujer Joven", que abordase las patologías propias de la mujer desde su nacimiento hasta sus 49 años (donde finaliza el segundo rango etario según res. 419/12-SSSalud) habría que escindir el Plan Materno Infantil del PMO que está en el pto. 1.1.1., de lo que sería neonatología y pediatría respecto a lo que es propio de la madre. Pero si el estado fisiológico del embarazo en el prenatalicio implica la necesidad de curarlo para no agravar a la madre, y eso no está contemplado en la propuesta de cobertura parcial, ¿se entiende comprendido o excluido de la cobertura parcial? Supongamos una ecografía, un estudio o diagnóstico de laboratorio. Los escenarios son infinitos.

Thomson Reuters

A posteriori, encontramos para los planes de emergencia y traslado dos innovaciones que terminan de clarificar el panorama ante el gran vacío legal y reglamentario que existía en la actualidad: no hay carencias en este tipo de servicios médicos, ni podrán valorizar enfermedades preexistentes a la cobertura. Esta reglamentación puede responder al factor objetivo que el abordaje en el régimen prehospitalario no puede implicar erogaciones económicas que repercutan en los servicios de personas que tengan enfermedades preexistentes. No corren con la misma suerte los planes parciales para entidades que actúan en una única localidad y con el padrón de usuarios inferior a cinco mil, además restringiendo su ampliación de cobertura, ya que, al alcanzar el tope de usuarios establecidos por ley, "... deberán abstenerse de comercializar nuevos planes o bien ofrecer a los potenciales nuevos usuarios planes de cobertura total u otros tipos de planes de cobertura parcial..." de odontología o emergencia y traslados.

III. Procedimiento administrativo de aprobación de planes médico-asistenciales de tipo parciales

En el anterior apartado considerábamos el conflicto que genera la nueva norma reglamentaria respecto a la disp. 900/19-SSS.

Una posible interpretación puede conducirnos a entender que la disposición establece dos tipos de planes, en los cuales debe encuadrarse los que ofrezcan las empresas de medicina prepaga, pero que, si quieren comercializar dicho tipo de plan, deberá instarse al procedimiento del Anexo I de la nueva reglamentación. Y en su caso, de querer abrir otro tipo de planes, distintos a los dos aprobados por la disposición referida.

Desde esta perspectiva, procedemos a exponer el procedimiento específico instaurado por la norma en cuestión, a los efectos de que apruebe para cada empresa alguno de los planes médico-asistenciales de tipo parciales establecidos por reglamentación o para la solicitud de nuevos planes.

III.1. Procedimiento de Registro de Planes Parciales regulados en el art. 7° de la ley 26.682 y disp. 900/2019

A los efectos del registro de los seis planes referido anteriormente, la Subgerencia de Evaluación de Costos de la Gerencia de Gestión Estratégica de la Superintendencia de Servicios de Salud, evaluará las prestaciones recibidas y verificará que se cumplan con la información pertinente **(15)**. Si estas no cumplieran formalmente con lo requerido, ordenará a la entidad presentante las adecuaciones correspondientes en un plazo no mayor a diez [10] días.

Cuando las presentaciones cumplan formalmente con lo requerido, las remitirá a la Gerencia de Control Prestacional del mismo organismo enunciado. Dicha área procederá a registrar el plan de cobertura parcial, previa emisión del acto administrativo correspondiente.

Cumplido el plazo de noventa (90) días previsto en el art. 2º de la res. 1277/2019-SSS, no podrán continuar comercializándose aquellos planes que no hayan sido presentados para su registro en los términos de esta, sin perjuicio de los derechos adquiridos que le asistan a quienes se hayan afiliado previamente a dicha fecha. Esta disposición pareciera dar un norte respecto a los planes que se entendían aprobados por la disp. 900/2019: fueron aprobados hasta la aparición de la res. 1277/2019-SSS. Que les da un plazo de readecuación. Una vez cumplido dicho plazo, el apercibimiento correspondiente implicará la obligatoriedad de pleno derecho de la entidad de cubrir al titular del plan y su grupo familiar la totalidad de las prestaciones incluidas en el Plan Médico Obligatorio (PMO), con el mismo valor de cuota que venían pagando.

III.2. Registro de nuevos tipos de planes de cobertura médica parcial

El Anexo I referido en el apartado anterior, dispone para el registro de nuevos planes médicos un procedimiento distinto y más riguroso. En esta oportunidad, la res. 1277/2019-SSS ha

(15) Conforme las misiones del decreto de estructura 2710/2012, se habría ampliado sus funciones por fuera de lo expresado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Thomson Reuters

devuelto la competencia delegada casi en su totalidad a la Comisión Permanente.

La presentación de nuevos planes distintos a los tratados *ut supra,* se realiza ante la Gerencia de Gestión Estratégica de la Superintendencia de Servicios de Salud. Debiendo realizarse una presentación individual por cada tipo de plan que deseen someter a consideración y detallar, en cada una de tales presentaciones, contenido y alcance general del tipo de plan de cobertura parcial que se desea autorizar. Dicha gerencia podrá rechazar sin más trámite las propuestas que resulten manifiestamente improcedentes y si se hubiere propuesto un mismo tipo de plan por más de una Entidad de Medicina Prepaga (EMP), se podrán analizar y remitir en forma conjunta tales presentaciones.

Una vez analizada, si la propuesta tuviera posibilidades de ser admitida como nuevo tipo de plan de cobertura parcial distinto de los previstos en los incs. a), b) y c) del art. 7º de la ley 26.682 y en la disp. 900/2019, se elevará la presentación al presidente de la Comisión Permanente, para su consideración.

Recibida la propuesta, la Comisión Permanente prevista en el art. 6º de la ley 26.682 deberá analizarla y emitir dos [2] informes: a. un informe de viabilidad, pertinencia y conveniencia desde el punto de vista sanitario prestacional; b. un informe de viabilidad, pertinencia y conveniencia desde el punto de vista económico financiero, de Defensa de los Derechos de los Usuarios y Consumidores y de Defensa de la Competencia.

La Comisión podrá requerir información adicional a la Superintendencia de Servicios de Salud, a la Entidad de Medicina Prepaga (EMP) proponente o a otros organismos, si lo considerase conveniente, a los efectos de emitir tales informes. En caso de aconsejar su aprobación, remite de nuevo a la estructura orgánica de la Superintendencia con su buen visto, para que proceda con el trámite. Y así emitirse el acto administrativo pertinente que apruebe el plan parcial. Con previa intervención de la Gerencia de Control Prestacional. Sin perjuicio de ello, la Gerencia de Control Prestacional podrá en todo momento revisar los planes registrados, ordenar las auditorías pertinentes, disponer la adecuación de los planes a las pautas legales establecidas en cada caso e iniciar los procesos sumariales que resulten procedentes **(16)**. En caso de recibirse reclamos por parte de los usuarios procederá en la forma indicada con relación a los extremos que resulten objeto de reclamo.

Una vez autorizado un tipo de plan de cobertura parcial, este gozará de los mismos alcances que aquellos contemplados en los incs. a), b) y c) del art. 7º de la ley 26.682 y deberá ajustarse a las reglas generales de la ley y su reglamentación en la medida que resulten aplicables y conducentes a la naturaleza del tipo de plan en cuestión.

Un mismo tipo de plan de cobertura parcial solo podrá ser elevado una única vez a la Comisión, sin perjuicio de que se hubiese presentado por más de una Entidad de Medicina Prepaga (EMP).

Si la Comisión hubiere desaconsejado la autorización del tipo de plan propuesto, no volverá a considerar dicho tipo de plan, aunque sea presentado por otra Entidad de Medicina Prepaga (EMP).

La Gerencia de Gestión Estratégica se abstendrá de remitir para consideración de la Comisión Permanente tipos de planes de cobertura parcial que ya hayan sido considerados o estén siendo considerados por la Comisión.

IV. Conclusión

Toda decisión administrativa debe reposar sobre una motivación, es decir, que se justifique por una cierta situación de hecho existente y su relación con la normativa imperante al momento de tomarse la decisión.

Se ha planteado respecto a la disp. 900/2019-SSS y 1277/2019-SSS el ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Autoridad de Aplicación. En derecho administrativo, la facultad discrecional debe ejercerse conf. con ciertas pautas legales y suprarreglamentarias (decre-

(16) Al igual que en la cita anterior, la Gerencia referida no puede, conforme dec. 2710/2012 iniciar ningún proceso, sin perjuicio de dar intervención al sector sumarial pertinente conforme res. 77/1998 y 162/2018 de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

Thomson Reuters

tos por encima de los actos administrativos de alcance general) que constriñen el criterio del regulador. Los supuestos de discrecionalidad administrativa pueden ser: a) típica, b) la que admite cierta limitación, pero no del todo determinada, o c) en aquellos supuestos donde se encuentra tan constreñida por la *competencia*, que solo puede adoptar una de las decisiones que la ley le establece, pero que no deja de perder cierta "libertad" de elección **(17)**. Entendemos que con las reglamentaciones de alcance general disp. 900/2019-SSS y res. 1277/2019-SSS, nos circunscribimos al supuesto b). Ya que, de lo expuesto, se permitió a la Autoridad dictar planes parciales, en honor a la oportunidad, mérito y conveniencia, pero ella no ha podido vulnerar supuestos de planes parciales ya existentes en el incs. a), b) y c) del art. 7° de la ley 26.682. Por fuera de ello, puede regular sobre cuanto otro supuesto considere oportuno. Ahora bien, ¿lo reglado es justo, dentro de las posibilidades por las cuales podía hacer uso la Administración Pública?

Puede verse comprometida la reglamentación por una irrazonabilidad o arbitrariedad, al no elegir posibilidades igualmente justas (Fallos 320:2509).

Lo reglamentado expuesto en este artículo, ¿alcanzo posibilidades igualmente justas? Más allá de si los actos administrativos que se juzgan pueden ser justiciables en lo que se refiere a la apreciación de los hechos que la motivan, o la arbitrariedad o errores manifiestos en la apreciación de los supuestos fácticos **(18)**, siguiendo lo expuesto doctrinariamente por Marceu Long **(19)**.

Atento estas premisas expuestas, es ponderable cuestionar la reglamentación de coberturas parciales médicas que no aseguran plenamente el derecho de la salud (como fin del interés público o bien común) desde una perspectiva de no regresividad en materia de derechos humanos, y sobre todo por la asentada postura pretoriana que los programas médicos no son "techos" sino "pisos" en materia de prestación de salud. Por lo cual, debe el reglamentador propiciar en su ejercicio discrecional cómo subsanar las prestaciones médicas que, si bien no son propias a brindar por el plan parcial, articularán para ser suplidas por al menos el Sistema Público de Salud (p. ej., en caso de planes parciales de alta complejidad, si se sobrepasasen los días de internación ante un caso de terapia intensiva, ¿se derivará a un hospital público?, ¿dicha posibilidad es factible?).

A lo dicho cabe agregar que, entiendo, se ha vulnerado la competencia específica y razonabilidad para abordar el tema. Así, las inquietudes planteadas, y los motivos que impulsaron el dictado de estos planes, entiendo que la reglamentación planteada no fija pautas claras para poder mantener una proporcionalidad para asegurar el derecho a la salud de los usuarios de planes parciales.

(17) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho..." ob. cit., T. II, p. 223.

(18) AUBY, Jean Marie - DRAGO, Roland, Traité de Contentieux Administratif, LGDJ, París, t. II, LGDJ, ps. 392 y ss.

(19) LONG, Marceu - WEIL, Prosper - BRAIBANT, Guy, Les grands arrest de la jurisprudence administratif, Sirey, Paris, 1969, 5a ed., ps. 126 y ss.

Thomson Reuters

Comentarios Jurisprudenciales

Thomson Reuters

Thomson Reuters

RESTRICCIONES A LA CIRCULACIÓN

Adultos mayores. Inconstitucionalidad de la resolución ministerial de la Ciudad de Buenos Aires. Discriminación por edad.

Con nota de Juan Antonio Seda

1. — Los arts. 2° y 3° de la resolución conjunta 16/ MJGGC/2020 de la Ciudad de Buenos Aires, que restringe la circulación de adultos mayores a su previa autorización —más allá de sus buenas intenciones, por cierto; lo que se descarta— importan una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población, pues, a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para el que el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior; esto conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

2. — La resolución conjunta 16/MJGGC/2020 de la Ciudad de Buenos Aires, que restringe la circulación de adultos mayores a la previa autorización, con la herramienta establecida en el art. 1º, se tiende a medidas de protección y cuidado; mientras que con el sistema del art. 2º se disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión de los mayores de 70 años, solo en función de la edad; en los considerandos se señaló que el propósito está dado por otorgar una especial protección a las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo y no se ha fundado en la preservación de otros bienes jurídicos, que ameriten otro tipo de ponderación.

3. — El planteo del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de falta de caso, por no existir agravio concreto, en función de que la resolución conjunta 16/ MJGGC/2020 local, que restringe la circulación de adultos mayores a la previa autorización, no prevé una sanción para su incumplimiento y que "...la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia...", debe ser desestimado, porque no es lo que se desprende de la simple lectura de los términos empleados en el art. 2º, sin perjuicio de que nada impide que la administración proceda a dictar una nueva resolución que establezca que se trata de una simple sugerencia y, como tal, voluntaria u optativa.

JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 14, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/04/2020. - Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ amparo.

[Cita on line: AR/JUR/11730/2020]

1ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2020.

Considerando:

I. En el día de la fecha, el Sr. Silvano Lanzieri, se comunica con la línea 0800, y requiere la habilitación del turno, a los fines de iniciar acción de amparo contra el GCBA, tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución conjunta N° 16/MJGGC/2020.

II. Una vez aceptado el pedido de habilitación del turno, por considerar el suscripto que encuadra dentro del marco de las resoluciones CM N° 59, 60 y 63, se recibe la demanda y su documentación por soporte electrónico, y se establece, a través de la oficina de prensa del Poder Judicial local, la difusión pública de este juicio —incluido redes sociales—, otorgando un plazo breve en horas, para que aquellos interesados en la cuestión debatida puedan ejercer sus derechos a ser oídos, a través de presentaciones al correo electrónico del juzgado o a la línea 0800, en forma indistinta, de modo de poder dictar una resolución útil y en tiempo. Asimismo, se ordenó el traslado de la medida cautelar al GCBA, y vistas a las tres ramas del Ministerio Público de la CABA, como así también la comunicación a la Defensoría del Pueblo porteña - Defensoría de la Tercer Edad. Obran agregadas las providencias en el expediente digital que dan cuenta de las respectivas notificaciones electrónicas y telefónicas.

III. En respuesta a la difusión del caso, pese a su breve duración horaria, justificada en la necesidad de otorgar una respuesta judicial en tiempo útil, dentro del horario establecido, se recibieron presentaciones de particulares que adhieren al pedido de inconstitucionalidad, un escrito del Sr. Asesor Tutelar en turno —a modo de colaboración con el tribunal—, otro del Sr. Defensor de primera instancia en turno, y la contestación del traslado de la medida cautelar de parte del GCBA. De todo ello, será anejado con constancias electrónicas en el expediente digital para acceso de las partes y demás interesados.

IV. El Sr. Defensor, con base en las facultades conferidas por las resoluciones DG 206/20, 207/20 y 208/20, pone en conocimiento del tribunal que la Dirección de Orientación del Habitante (DOH), dependiente de ese Ministerio Público de la Defensa, en el día de la fecha ha recibido por vía electrónica una consulta de la Sra. A. M. D., en la cual manifiesta su intención de impugnar la norma aquí cuestionada. En cuanto a la

Thomson Reuters

cuestión debatida en autos, afirma que, sin desconocer la existencia de la emergencia sanitaria establecida que justifica el dictado de medidas excepcionales, en todo momento las medidas adoptadas deben ser razonables, proporcionadas y sujetas al escrutinio judicial; superar el test de razonabilidad y al mismo tiempo, debe evitarse cualquier discriminación en razón de edad.

Por ello, entiende que "...nos encontramos ante una disposición restrictiva de la libertad ambulatoria que no tiene sustento legal, sino que se establece mediante una Resolución conjunta suscripta por el Sr. Jefe de Gabinete y el Sr. Ministro de Salud de la Ciudad de Buenos Aires (...) los arts. 2 y 3 de la Resolución Conjunta 16/MJGGC/20, en cuanto establecen la obligación de aviso y comunicación con el número 147 de las personas mayores de 70 años, previa a la salida de su domicilio, no resultan compatibles con las normas constitucionales, y así debe ser declarado..." (sic).

V. El GCBA, a través de su letrado apoderado, contesta el traslado conferido en tiempo y forma. Cuestiona la legitimación procesal activa del actor, por tener domicilio en provincia y ejercer la profesión de periodista, que se encuentra exenta por ser una actividad declarada esencial por el PEN. Asimismo, indica que, al no existir sanción alguna, no hay agravio constitucional ni necesidad de medida cautelar o amparo, ya que la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia. Dice que, en la medida en que la Resolución atacada tiene la intención de brindar contención a las personas de 70 años o más, identificando aquellas situaciones que puedan ser resueltas con la colaboración de la sociedad para evitar la salida a la vía pública de la población de riesgo, se solicita el rechazo de la pretensión de inconstitucionalidad en traslado.

VI. En cuanto a las adhesiones recibidas, también en tiempo y forma, por vía de correo electrónico, fueron las siguientes: Sr. O. A. L., DNI ..., de 72 años de edad, domiciliado en la calle ...; Sr. N. K., DNI ... —se le requirió constatación del domicilio pero no contestó—; Sr. B. D., DNI ..., con domicilio en ...; Sra. C. R., DNI ..., con el mismo domicilio en ... CABA. También se recibieron adhesiones por vía telefónica a la línea oficial del turno 0800: Sra. D. M. del C., DNI ..., de 77 años de edad, con domicilio en ..., Ciudad de Buenos Aires; Sr. D. N. G., DNI ..., con domicilio en ..., Ciudad de Buenos Aires —también envío luego por vía de correo electrónico—.

VII. En estas condiciones, vencido el plazo establecido de las 22.00 horas, se procede al despacho de la medida cautelar. Para ello, entiendo que el planteo del GCBA sobre la falta de legitimación activa del actor deviene innecesario y dilatorio, a tenor de las diversas adhesiones formuladas por residentes porteños, y la presentación del Sr. Defensor Oficial.

En la demanda se persigue la declaración de inconstitucionalidad de la citada resolución, por considerar que es violatoria de garantías constitucionales, en particular los artículos 14, 14 *bis*, 16, 17, 18, 28,29, 31, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Se entiende que, si bien "es cierto que en situaciones de emergencia como la generada por la pandemia del COVID 19, los derechos pueden sufrir limitaciones, éstas deben ser razonables y nunca pueden realizarse en base a recortes arbitrarios a un segmento poblacional a partir de meros relatos especulativos. Donde se presume que por tener 70 años o más una persona es débil. Aquí la primera irrespetuosidad del pseudo legislador, al confundir adulto mayor con débil. El riesgo no lo da exclusivamente la edad..." (sic). Se sostiene que la medida de la administración fue dictada en excedo de sus facultades, ya que no puede alegarse que la Legislatura está imposibilitada de sesionar por causa de la pandemia "...porque el día 7 de abril sesionó adaptando el salón Dorado Hipólito Yrigoyen del Palacio y dispuso por el voto mayoritario de sus miembros, realizar sesiones a distancia mediante la utilización de tecnologías en línea... Es decir que la norma observada viola los artículos 80 y 81 inciso 2° de la Constitución local..." (sic). Se indica que, mediante la voluntad del Jefe de Gobierno, "...como en la Roma antigua, se ha decretado una nueva clase de personas con la *capitis diminutio* y se le ha declarado una verdadera muerte civil que es lo mismo..." (sic), ya que, en su modo de ver la cuestión, "...generar una norma que arbitrariamente estigmatice a un ser humano por la edad atenta contra la dignidad de las personas..." (sic). Se concluye que, "...esta norma, lejos de cuidar al adulto mayor produce un impacto psicológico negativo y tóxico en el cerebro de este sector poblacional..." (sic).

VIII. En el artículo 15 de la ley 2145 se establece que "[e]n la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva," y que "son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos:

a) Verosimilitud del derecho; b) Peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela".

IX. Cabe resaltar que el pedido se resuelve en el marco del sistema judicial de turnos, y dentro del contexto de las medidas de restricción de circulación y el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional mediante

Thomson Reuters

el DNU N° 297/2020, debido a la pandemia del Covid-19 —y prorrogadas por sendos DNU N° 325/2020 y 355/2020—, cuyo artículo 2° expresamente dispone que las personas deberán permanecer en sus residencias, que deberán abstener de concurrir a sus lugares de trabajo y que no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos y que *quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento* dispuesto en su artículo 1°, *solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos* (el destacado me pertenece).

Que de la misma norma se desprende que tal medida fue dictada a fin de proteger la salud pública, en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/PEN/20 y su modificatorio y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al Coronavirus-COVID 19.

En su artículo 6° se establece que las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia quedan exceptuados del cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular y luego, por diversas Decisiones Administrativas, se han ampliado el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia.

A su vez, en el artículo 10 se prevé que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en él, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que por Decisión Administrativa N° 446/20 se estableció que el Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19", aprobado por Resolución N° 48/2020 del Ministerio del Interior, constituye el instrumento para validar la situación de quienes se encuentren comprendidos dentro de alguna de las excepciones previstas en el artículo 6° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, sus normas modificatorias y complementarias y en las Decisiones Administrativas N° 429/20, 450/20, 467/20, 468/20 y 490/20 así como las que en el futuro se establezcan. En la misma norma se establece que el "Certificado Único Habilitante para Circulación —Emergencia COVID-19", tiene vigencia por el plazo que dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y que se encuentran exceptuados de su tramitación y portación las personas incluidas en los supuestos previstos en los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21 y 24 del artículo 6° del Decreto N° 297/2020, artículo 1° punto 2 de la Decisión Administrativa N° 429/20 y artículo 1° puntos 1 y 2 de la Decisión Administrativa N ° 490/20, quienes deberán acreditar su condición a través de las formalidades y procedimientos que las autoridades competentes establezcan a tal fin.

En lo que respecta a los desplazamientos por fuerza mayor las personas deberán de acuerdo a lo establecido por el artículo 6°, inciso 6°, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, acreditar tal extremo, de conformidad a lo establecido por el artículo 2° de la Resolución del Ministerio del Interior N° 48/20, esto es mediante documentación fehaciente que dé cuenta del suceso acaecido.

X. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dictó la Resolución Conjunta N° 13/MJGGC/20 estableciendo las formalidades y requisitos que deberán cumplir las personas que requieran desplazarse en la Ciudad de Buenos Aires o ingresar a ella, en aquellas situaciones no alcanzadas por el "Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19", a efectos de poder ejercer un adecuado control por parte de las fuerzas de seguridad del cumplimiento de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio vigente.

Luego, mediante el dictado de la resolución conjunta entre el Sr. Ministro de Salud y el Sr. Jefe de Gabinete de Ministros porteño, cuya constitucionalidad aquí se impugna, se resolvió lo siguiente:

Artículo 1°.- Instruyese a todo el personal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no revista en reparticiones de naturaleza esencial en el marco de la presente emergencia sanitaria, a contactarse con las personas mayores de 70 años, a efectos de brindar asistencia e información a quienes lo necesiten, a fin de evitar situaciones que los expongan al riesgo de contagio y afectación del sistema de salud. La actuación del personal convocado consistirá en concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a las personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas.

Artículo 2°.- A los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, *para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente* de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, *establécese la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147* (el destacado me pertenece).

Thomson Reuters

Artículo 3°.- *El aviso* efectuado con la modalidad prevista en el artículo 2°, *estará vigente durante 48 horas*.

Artículo 4°.- Quedan exceptuados de lo establecido en el artículo 2°: 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 3. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 4. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 5. Los titulares de las actividades y servicios declarados esenciales por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20 y las autorizadas por las Decisiones Administrativas N° 429/20, 450/20, 467/20, 468/20 y 490, así como las que en el futuro se establezcan. 6. Las personas que deban recibir las vacunas de conformidad con el calendario establecido y/o para realizar tratamientos médicos programados. 7. Las personas que deban cobrar su sueldo o jubilación en el día que corresponda conforme el calendario de pago establecido.

Artículo 5°.- La presente medida entrará en vigencia a partir de las cero horas (00:00 hs.) del día lunes 20 de abril de 2020.

Artículo 6°.- Publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Comuníquese y notifíquese a los Ministerios y Secretarías del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para su conocimiento y demás efectos. Cumplido, archívese.

Entre los considerandos de la reciente medida bajo análisis, se alude a que, en base al conocimiento generado hasta la fecha, la afectación de los distintos grupos etarios no es homogénea, siendo las personas mayores los que presentan un riesgo significativamente mayor. Que en la CABA la mortalidad por COVID-19 se concentra en personas mayores. Que, no obstante las medidas adoptadas para proteger a las personas mayores, muchas se ven obligadas a seguir saliendo de sus hogares debido a que no tienen otra alternativa y que, en este contexto de emergencia sanitaria, sus necesidades deberían poder ser resueltas con otros mecanismos que los ayuden a no verse obligadas a llevarlas a cabo por sí mismas. Que *se intenta reforzar la autonomía decisional y el autogobierno de cada adulto mayor en su disposición a salir y a correr los riesgos consecuentes*. Que la situación de grave riesgo para este segmento de la población, provocada por el virus que los expone a mayor probabilidad de contagiarse y los riesgos consecuentes, exige que el estado asuma un rol activo para colaborar con la ciudadanía en minimizar las necesidades de exponerse a este riesgo. Que el Estado busca la cooperación y acompañamiento activo de la comunidad para establecer una red de cuidado y colaboración de familiares, vecinos, personas allegadas de su entorno social y organizaciones de la sociedad civil dirigida a la adquisición de bienes y servicios y a la solución de situaciones cotidianas, con el indispensable acompañamiento afectivo y social, entendiendo que este tipo de situaciones pueden ser vividas con pesar por parte de la persona mayor. Que se ha implementado el Programa de Mayores Cuidados, que tiene por objetivo organizar y coordinar una red colaborativa, convocando a vecinos y vecinas a colaborar, como voluntarios, con los adultos mayores durante la emergencia sanitaria tanto de manera telefónica y de asistencia afectiva y compañía como presencial, ayudando a realizar las compras de alimentos, medicamentos o los que necesite la persona así como el paseo de su mascota, para permitirle que pueda quedarse en su hogar y preservar su salud con la tranquilidad de saber que tiene resueltas estas situaciones. Que se ha convenido con el Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal (SUTERH) para que los trabajadores y trabajadoras puedan durante su jornada de trabajo realizar acciones de asistencia para los habitantes del edificio que se encuentren en los grupos de riesgo, ayudando con ello que no requieran salir de sus hogares. Que *se entiende razonable generar mecanismos que fomenten una especial protección de las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo,* entre los cuales es preciso establecer un proceso de mayores cuidados *para reducir los desplazamientos, aun aquellos mínimos e indispensables tales como aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos e incluso pasear sus mascotas* (el destacado me pertenece).

XI. Que en el artículo 16 de la Constitución Nacional se dispone que "..Todos [los] habitantes son iguales ante la ley...". Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. La igualdad así establecida no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros).

En virtud del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados Partes se comprometen a "... garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discrimi-

Thomson Reuters

nación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". A su vez, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíben toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se establece que "[s]e reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo". Dicha disposición obliga a la Ciudad a promover "...la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

Es sabido que el principio de igualdad se expresa a través del derecho a recibir un trato igualitario frente a la identidad de circunstancias y opera como límite ante la arbitrariedad. Sobre el punto, el máximo tribunal de la República tiene dicho que "Para que se encuentre lesionada la garantía de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, es necesario que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, pues nada obsta a que se trate de manera diferente a aquellos que se encuentran en escalafones distintos por sus actividades específicas" (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte adhiere en "Cosentino, Gustavo y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Educación s/ empleo público, del 07/12/2017, Fallos: 340:14). Puesto que "nada impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, de ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación, en la medida en que dichas distinciones no se basen en un propósito de hostilidad contra un determinado individuo o grupo de personas pues nada obsta a que se trate de modo diferente a aquellos que se encuentran en situaciones distintas por sus actividades específicas" (Del voto de la Dra. Highton de Nolasco en "Bedino, Mónica N. c. Telecom Argentina SA y otro, del 14/03/2017, Fallos: 340:141). En el mismo orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que "es posible para el legislador crear categorías, grupos o clasificaciones que impongan un trato diferente, pero el criterio de la distinción deberá ser 'razonable', es decir, fundado en pautas objetivas que mantengan correspondencia con la finalidad perseguida por la norma" (del voto de los Dres. Conde y Casás, en autos "Gigacable SA c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 4627/06, del 11/12/2007). Asimismo, es preciso recordar que el tratamiento diferenciado requiere de razones objetivas que lo justifiquen.

XII. Que, específicamente sobre los derechos y garantías del sector poblacional al que se encuentra dirigida la medida, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la ley Nacional N° 27.360, del año 2017, establece que "Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones" (art. 1). Se entiende por "Discriminación: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada; y por Discriminación por edad en la vejez: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada" (art. 2). Asimismo, que "Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez..." (art. 5). Que los Estados Parte "...adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población... (art. 6). También se reconoce el "...derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos (...) En especial, asegurarán: a) El respeto a la autonomía

Thomson Reuters

de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos" (art. 7). Lo propio ocurre con el derecho de la persona mayor "...a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva" (art. 13). En el art. 32, por último, los Estados Parte acuerdan: (...) b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez (...) e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.

En el art. 41 de la Constitución porteña, en el capítulo duodécimo, se prevé que "La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias...".

XIII. Por otro lado, en el orden local, el art. 20, CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. Además, asegura —a través del área estatal de salud— las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. La constitución local también garantiza en su propio texto "el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente" (art. 20). Por último, en el artículo 3° de la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires se establece que "La garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a. La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente".

XIV. Que, efectuado el relato de los hechos y la reseña de las normas a tener en cuenta para la resolución de la medida cautelar requerida, habré de ingresar a su análisis.

En primer lugar, es dable señalar que el control recaerá exclusivamente sobre la legalidad de la medida, a la luz de las normas convencionales y constitucionales citadas, ya que tanto su oportunidad, mérito y conveniencia, son aspectos de resorte exclusivo de la rama ejecutiva. Sobre este punto, el suscripto no es ajeno al contexto sanitario en el que ha sido dictada, y que fuese incorporado a los propios considerandos tenidos en cuenta para su justificación, como así también el resto de la batería de normas de diverso rango —siempre de la rama ejecutiva— que tanto el gobierno local, como el de las restantes jurisdicciones federadas, y el propio Poder Ejecutivo Nacional, vienen adoptando de manera progresiva, con el fin máximo y ulterior de proveer y garantizar la salud de la población argentina. Ya no solo en mi carácter de juez, sino de un ciudadano más al que le resultan asimismo aplicables. Como se ha transcripto en el considerando X, párrafo III, de la presente, el GCBA ha creado un Programa de Apoyo a los adultos mayores, tendiente a colaborar con ellos durante la duración de las medidas de aislamiento generalizado y obligatorio en virtud de la pandemia del Covid-19.

Tampoco soslayo las diversas opiniones públicas, de toda índole, sobre el error o acierto de las medidas dictadas por DNU del PEN, ni la repercusión que, en estos últimos días, ha tenido el tema específico bajo estudio, con manifestaciones de distinta índole e intensidad, y tanto a favor como en contra.

Sin embargo, esa perspectiva no es la que guiará el tratamiento del pedido cautelar. Por el contrario, solo me pronunciaré sobre la concordancia o no de la norma en particular, con el resto del ordenamiento jurídico, y las normas de mayor jerarquía, en tanto, al día en que se dicta la presente, continúa vigente el Estado de Derecho y las garantías constitucionales, y es precisamente en ese rol que se controlará la disposición, puesto que es la función principal que atañe a la rama judicial del Estado, y el último bastión al que pueden acudir los habitantes a fin de reclamar por los derechos que estiman conculcados.

XV. Efectuadas estas aclaraciones preliminares, debo decir que, a mi modo de ver, de la mera lectura de los artículos 1°, 4° y 5°, se desprende que no generan *prima facie* lesión alguna a los derechos ya citados, por lo que superan sin demasiado inconveniente el test de su constitucionalidad. Es que, más allá de las molestias que pudiera generar en algún habitante porteño el recibir un llamado de parte de trabajadores de la Ciudad, con esta herramienta la administración intenta "brindar asistencia e información a quienes lo necesiten (...) busca concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a las personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas". En este sentido, más bien aparecería en escena como un dispositivo proactivo en pos de colaborar con el grupo poblacional al que se encuentra destinado. Lo propio ocurre con el art. 4°, por el que se establecen una cantidad importante de excepciones a los adultos mayores que reúnan dichos requisitos. Finalmente, la medida temporaria para el comienzo de su aplicación

Thomson Reuters

está dentro de las posibilidades que al efecto prevé la legislación (art. 5 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

XVI. El quid de la cuestión traída a conocimiento de estos estrados, reposa sobre los alcances de los artículos 2° y 3°, ya que son estos los que fijan una conducta que, a tenor del escrito de demanda, resultaría violatoria de derechos y garantías de raigambre convencional y constitucional.

Desde ya adelanto que asiste razón en su planteo al demandante, a poco que se repare en la lectura del bloque conformado por las diversas normas de rango constitucional, por un lado, (art. 75, inc. 22), y de rango superior a las leyes, por el otro, en el caso específico de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores, y se efectúe con aquel el debido contraste de los arts. 2 y 3 de la resolución aquí cuestionada. La imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad, de la *necesidad* de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de *realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, tal como lo prevé el DNU 297/2020*, resulta una exigencia más gravosa para ese colectivo de personas, que para el resto de la población, que extralimita los contornos de las medidas de aislamiento del conjunto de los habitantes. Como tal, debe ser analizada bajo lo que la doctrina y la jurisprudencia han tenido a bien caracterizar como "categorías sospechosas". Máximo, cuando ese aviso tendrá únicamente una vigencia temporal de 48 horas (art. 3°), lo que obligaría a una nueva gestión con igual cometido.

Por clasificaciones o categorías "sospechosas" se entiende aquellos supuestos en los que el legislador establece distinciones a partir de determinados factores, las que pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas. Típicos ejemplos de esta categorización son los de raza y religión. En épocas más recientes, la noción fue extendida a las distinciones de género, y a otras tales como la discapacidad (cfr. Stone, G., Seidman, L., Sunstein, C. y Tushnet, M., Constitutional Law, Little, Brown & Co, Boston-Toronto, 1986, pp. 529-689, citado por el TSJ en diversos precedentes en los que analizó la constitucionalidad de normas referidas a impedimentos para el acceso al empleo público o a la jubilación, como el caso *"Sandez, Carlos A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad"*, expte. n° 482/00, sentencia del 29 de noviembre de 2000, los casos "Gottschau" y "Zdanevicius", entre varios otros)".

En estos especiales supuestos, la presunción de inconstitucionalidad que rige sobre tales decisiones solo podría eventualmente ser superada si el Estado ofrece una prueba de suficiente entidad sobre los fines que habría intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (CSJN, sentencia *in re* "Hooft", considerando 6°).

El escrutinio en estos casos debe ser más severo. Tiene dicho el TSJ porteño que, a la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad, y que se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir aquellas que importen una discriminación o una segregación. Las razones que justifican la distinción deben necesariamente ser aportadas por el órgano estatal que crea la regla que la incluye (conf. autos "Urbano, Antonio c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 4973/06, sentencia del 6 de noviembre de 2007).

Asimismo, en este precedente, ha dicho que "... cuando está en juego el derecho a la igualdad, el contenido propio del juicio de razonabilidad y proporcionalidad encuentra su eje en la presunción de consentimiento. La finalidad perseguida por la norma, así como la proporción entre los medios seleccionados para lograrla, confluyen como datos relevantes pero incardinados bajo el ámbito propio de la garantía de la igualdad, presidido por la noción de consentimiento atribuible al sujeto pasivo. Así, lo que debe ser razonable y proporcionado no son los fines y medios que seleccionó el legislador considerados en general, sino tomados como elementos para medir si es posible presumir el consentimiento del destinatario para legitimar la imposición dispuesta por el órgano depositario de la voluntad popular. El escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad utilizado en sede judicial como herramienta de control ha implicado, ciertamente, un avance tanto en los sistemas de carácter subjetivo (vgr. difuso) como objetivo (vgr. abstractos); su generalización, sin embargo, le ha hecho perder el contenido y explicación específica que inspiró su elaboración. En línea con lo anterior, es sencillo comprender por qué no cabe presumir el consentimiento aludido cuando el legislador utiliza una de las denominadas categorías sospechosas. Precisamente, en tales supuestos, como no resulta posible asumir que la ley opera bajo el halo del consentimiento inicial de los destinatarios, es la autoridad pública la que debe

Thomson Reuters

demostrar los motivos por los que un régimen dado podría dispensar un trato diverso que suponga imponer cargas o privar de beneficios a grupos definidos, por ejemplo, a partir de la religión que profesan o su origen étnico y, pese a ello, ser constitucionalmente válido. A la inversión de la carga probatoria se suma un control riguroso de los fundamentos dados en defensa de la norma, que deberá exhibir una relación directamente proporcional entre la restricción que consagra y el interés público en cuya protección declara obrar el legislador. La presunción de consentimiento opera como pauta objetiva para instrumentar el control de la cláusula de igualdad. Establecer si esa pauta se verifica, para determinar la validez de una norma, depende de un juicio empírico. En cambio, el control de razonabilidad desligado de referencias concretas, remite a una noción más bien inasible y tan variable como la cantidad de operadores que formulen el control. Frente a supuestos que involucran la protección que acuerdan los arts. 11 de la CCBA y 16 de la CN, entonces, el contenido específico del test de razonabilidad reposa en la presunción de consentimiento tal como fue explicada".

XVII. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Poblete Vilches y otros c. Chile", sentencia del 08/03/2018, sostuvo que, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos tratos discriminatorios, "por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Al respecto, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. Así, la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Cabe recordar también lo señalado recientemente en la "Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20", dictada el día 9 de abril de 2020, bajo el título: "Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales". Allí, el máximo tribunal del continente señaló que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

XVIII. Desde esta perspectiva, la medida —más allá de sus buenas intenciones, por cierto, lo que se descarta— importa una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población. En síntesis, están aquellos que cumplen tareas esenciales y pueden seguir circulando para desempeñarlas, con el permiso correspondiente; por el otro, están las excepciones generales a partir de las cuales la mayoría de los ciudadanos podemos salir a adquirir bienes de primera necesidad y, a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para quienes el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior. Desde la óptica judicial ello conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

Es que, en definitiva, con la herramienta planteada en el art. 1°, se tiende a medidas de protección y cuidado, mientras que con el sistema del art. 2° se disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad. Nótese que en los considerandos se señaló que el propósito está dado por otorgar *una especial protección de las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo*, y no se ha fundado en la preservación de otros bienes jurídicos, que ameriten otro tipo de ponderación.

Lo que aquí se resuelve no implica el deber de los adultos mayores de 70 años de edad, al igual que el resto de la población no exceptuada, de continuar con el aislamiento obligatorio mientras se encuentre vigente en el tiempo, conforme el DNU 297/2020 y demás normas concordantes.

XIX. En lo que atañe al planteo del GCBA de falta de caso, por no existir agravio concreto, en función de que la norma no prevé una sanción para el incumplimiento y que "... la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia...", cabe su desestimación, porque como fue analizado más arriba, no es lo que se desprende de la simple lectura de los términos empleados en el art. 2° de la resolución, sin perjuicio de que nada impide entonces que la administración proceda a dictar una nueva resolución que establezca que se trata de una simple sugerencia y, como tal, voluntaria u optativa.

XX. Por último, teniendo en cuenta la eventual repercusión que pudiera tener el dictado de este inter-

Thomson Reuters

locutorio, que retrotrae la situación vigente hasta las 00.00 del día de la fecha, hago propicia la oportunidad para sumarme a la exhortación que vienen formulando las autoridades ejecutivas federales y locales, de requerir a los habitantes el cumplimiento de las medidas de aislamiento vigente, de modo de cuidarse y cuidarnos entre todos, para superar la emergencia sanitaria en la que nos encontramos con motivo del Covid-19.

XXI. Por lo expuesto, resuelvo:

1) Hacer parcialmente lugar a la medida cautelar solicitada en el escrito de inicio a través de las diversas adhesiones enviadas y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2° y 3° de la resolución conjunta MSJGM N° 16/2020.

2) Ordenar el envío por secretaría de un correo electrónico a la Secretaría General a los fines de la incorporación de la causa al Registro de Procesos Colectivos, con copia de la presente resolución (acuerdo plenario n° 4/2016).

3) Ordenar su difusión inmediata a través del sitio ijudicial, a cuyo fin comuníquese por Secretaría vía email con copia de la presente.

4) Regístrese en los libros del juzgado una vez retomada la actividad habitual, notifíquese por secretaría, vía electrónica, a la parte actora —y sus adherentes—, a los Sres. Representantes del Ministerio Público en turno, y al GCBA, con habilitación de días y horas, y dejándose constancia en el sistema informático. — *Lisandro E. Fastman.*

Escándalo normativo: una malograda prohibición en la Ciudad de Buenos Aires

Juan Antonio Seda (*)

Sumario: I. Introducción: la sentencia.— II. Falta de razonabilidad y de proporcionalidad.— III. Los ancianos como categoría sospechosa.— IV. La vida de los otros.— V. Del cuidado absoluto del Estado absoluto.— VI. ¿Impunidad de los funcionarios?— VII. Cierre: el peor escándalo es la escalada demagógica.

"Lo que acababa de presenciar era lo cierto, es decir lo falso. Dejó de sentir el escándalo de hallarse rodeado de elementos que no estaban en su sitio..."

(Julio Cortázar, "La banda")

I. Introducción: la sentencia

El día 20 de abril de 2020 el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 14, Secretaría N.º 27, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó sentencia en los autos: "Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ amparo". Era una acción para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma administrativa dictada días atrás por las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. La causa se inició por vía telefónica, una particularidad propia de las circunstancias del aislamiento social. Por esta vía el Sr. Silvano Lanzieri solicitó la habilitación del turno para que se pueda tramitar una acción de amparo que impugne el acto administrativo en cuestión.

(*) Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y Sucesiones y de Práctica Profesional (UBA). Dirige la Carrera de Especialización en Discapacidad y Derechos (UBA).

Thomson Reuters

La norma impugnada era la res. conj. 16/MJGGC/2020. Se denomina así porque es suscripta de manera simultánea por dos funcionarios, el Ministro de Salud y el Jefe de Gabinete; una extravagancia jurídica ya que su validez, eventualmente no aumentaría por la cantidad de firmas de autoridades sino por la competencia de quien la suscriba. Y, por supuesto, por su adecuación o no al plexo normativo local, nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país. Lo cual, como veremos, no ha sucedido en este caso. Por supuesto que el juzgado dio traslado de la medida cautelar al Ministerio Público de la Ciudad y comunicó la decisión a la Defensoría del Pueblo. También, hubo una importante intervención de la Defensoría de la Tercera Edad.

Los artículos segundo y tercero de la resolución impugnada establecían una obligación extra a las personas mayores de 70 años. Esas prescripciones requerían de una comunicación telefónica al gobierno, por parte de las personas mayores, para solicitar la autorización para salir a la calle. Esas salidas serían las que permite la norma sobre aislamiento social, preventivo y obligatorio **(1)**. ¿Por qué este grupo de personas debería agregar un requisito extra que no tiene el resto de la población? El argumento del gobierno municipal ha sido brindarle mayor cuidado a este grupo y que no había realmente una sanción por incumplimiento. Veremos a continuación que resolvió el juez.

II. Falta de razonabilidad y de proporcionalidad

La discriminación por edad constituye un acto ilícito en nuestro país **(2)** e inclusive la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dedica un artículo a la igualdad de las personas mayores **(3)**. Esto incluye el reconocimiento a la autonomía y la vida independiente. ¿Por qué deberían entonces sufrir una restricción diferente al resto de la comunidad? El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires propuso desde inicio del aislamiento una actividad estatal denominada "Programa de Mayores Cuidados", cuyo objetivo era crear redes de apoyos, con voluntarios que realizaran actividades por y para personas ancianas. Esas acciones se podían llevar a cabo en forma presencial, incluso telefónicamente. Este programa incluye, de forma principal, un convenio con el Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal (SUTERH).

La sentencia enuncia un criterio que se ha reiterado en varias ocasiones ante las normas de restricción, que estas deben ser consideradas según su razonabilidad y proporcionalidad. A su vez, tales medidas están siempre bajo el control judicial. En este caso, una norma que se dicte para un grupo específico de la población no constituye una restricción razonable, excede ese estándar. El juez consideró que correspondía hacer lugar a la medida cautelar porque la resolución era inconstitucional **(4)**. Como defensa, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires alegó que no había contradicción con la Constitución Nacional porque la violación de esta norma no acarreaba sanciones. No está en duda que puede existir una razonable limitación al derecho a circular en la vía pública, debido a la tutela a otro bien jurídico como es la salud pública.

En el DNU 297/2020, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso el aislamiento obligatorio **(5)**. Pero dentro de esa limitación, las personas podrían salir de sus domicilios para aquellos desplazamientos indispensables, p. ej., adquirir alimen-

(1) Tal restricción fue fijado por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 297/2020 y luego prorrogado por medio de respectivas Decisiones Administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

(2) Se citaron distintas normas que forman parte del bloque de constitucionalidad federal y específicamente respecto a los ancianos, como grupo poblacional, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en 2017 a través de la Ley N° 27.360.

(3) Dice textualmente el artículo 41: "La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias...".

(4) En el fallo el juez indica que los artículos de la Constitución Nacional que fueron violentados por la resolución que se impugna fueron los siguientes: 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 29, 31, 43 y 75, inc. 22.

(5) Esta norma fue prorrogada primero por el DNU N° 325/2020, luego por el 355/2020 y sucesivamente por otros.

Thomson Reuters

tos y eventualmente medicación. ¿Tiene sentido restringir por causa de edad a quien utilice estas excepciones? La forma en que se van a implementar las excepciones que dispuso el gobierno nacional, ya dependerá de cada jurisdicción, según surge el art. 10º, en consonancia con lo que dispone la Constitución Nacional **(6)**. El eje de la impugnación estuvo en los arts. 2º y 3º, que en la "necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al nro. 147" antes de salir del domicilio. A su vez, paradójicamente, esta norma establecía excepciones a esta limitación (personal de salud, seguridad y otras labores de indispensable movilidad).

III. Los ancianos como categoría sospechosa

El fallo expone una serie de valiosos fundamentos jurídicos y explica con claridad los motivos que fundan la decisión. El juez distingue a la prohibición de los dispositivos proactivos. O sea, por un lado, las políticas públicas que promuevan facilitar algunas actividades a las personas mayores de 70 años no son reprochables, según el fallo judicial **(7)**. La prohibición, en cambio, traspasa el límite de la proporcionalidad y por ello constituye una medida arbitraria del Estado local. Utiliza una noción clásica en la jurisprudencia, originada en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la de categoría sospechosa. Se trata del reconocimiento de una situación de suspicacia que el juez debe tener cuando quien sufre una restricción a sus derechos es alguien que integra alguno de los grupos que suelen ser víctimas de discriminación **(8)**. Es una noción que comenzó a utilizarse en un fallo del año 1944 ante aquel tribunal, en el caso "Toyosaburo Korematsu contra Estados Unidos de América".

Muchos constitucionalistas explican que esta doctrina ya estaba presente antes inclusive, en el criterio jurídico que mantuvo la Corte Suprema norteamericana en fallos anteriores. Así, Andrea Iñiguez Manso sostiene que el primer caso al que hay que prestar atención en este tema es "United States vs. Carolene Products Co.", donde se planteó que hay algunos procesos que requieren del "escrutinio estricto" debido a sus protagonistas y la desigualdad *a priori* entre ellos **(9)**. Claro que esto no puede significar que necesariamente en un proceso judicial va a ganar el pleito la parte más débil, ello sería una vulgarización extrema del criterio. La vulnerabilidad por sí misma no es un argumento.

En el fallo está presente la noción del derecho de las minorías y su estatuto jurídico particular. Citas antecedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, que también aplicó la noción del escrutinio más severo cuando se deba determinar si una medida estatal es discriminatoria. Se debe determinar si la medida es razonable según la diferencia que se hace entre los individuos, para evitar que se produzca una segregación discriminatoria. O sea, el control de la norma debe ser más riguroso porque, al tratarse de una categoría sospechosa de ser discriminada, se debe tener la seguridad de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

Este fallo tiene otro mérito que vale la pena destacar: su claridad y tono sereno. La fundamentación no utiliza ninguna exageración apocalíptica. O sea, que no sufrió la mala influencia de los medios de comunicación masiva y las redes sociales. Se analiza el derecho de una minoría en términos jurídicos serenos, sin apelar al sensacionalismo. Ni siquiera cae en el vicio tan trillado la milenarista afirmación de una "nueva era", basada en un "nuevo paradigma" o novedosos "modelos".

IV. La vida de los otros

La vida de los otros es el título de un filme del año 2006, de origen alemán, que describe los sistemas de control de la vida cotidiana por par-

(6) Dice expresamente este art. 10 del DNU N.º 297/2020: "Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la CN, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias".

(7) Si bien no son conductas legalmente reprochables, he aquí el centro del conflicto, ya que ese exceso de cortesía deriva en una actitud estatal excesivamente servicial.

(8) ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea R. (2014). La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de derecho (Valparaíso), (43), pp. 495-516. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200013

(9) IÑIGUEZ MANSO, ob. cit.

Thomson Reuters

te de un Estado dictatorial. También allí los dispositivos de supervisión gubernamental de la vida de la población se desarrollan bajo el pretexto del bienestar general **(10)**. Por supuesto que sería desproporcionado comparar aquella dictadura con esta medida, pero el resultado de esta desafortunada norma es el mismo, la intromisión arbitraria en la vida privada de los individuos. Solamente que ahora se presenta como un "servicio".

En nuestra comunidad, esta decisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires fue repudiada por todo el arco político y jurídico, la única respuesta a la que atinó el gobierno fue a la trillada excusa de una "mala comunicación" de la medida. Otra excepción que alegó la parte demandada en este proceso fue la falta de legitimación activa del señor Lanzieri, para iniciar este proceso porque no residía dentro de los límites de la ciudad. Esta fue desestimada porque hubo muchos otros actores en esta acción.

Entre los copiosos pedidos de particulares que se mencionan en la sentencia, destaco el de una profesora de la Universidad de Buenos Aires, la Dra. Ana María Dupey. Esta investigadora, antropóloga social y docente durante más de cuarenta años en la Carrera de Ciencias Antropológicas, consultó al juzgado acerca de cómo hacer valer sus derechos ciudadanos. Lo mismo hicieron muchísimos habitantes, indignados por lo irrazonable y lo arbitrario de una medida de tal naturaleza. Esta profesora, que estaba alcanzada por la prohibición exorbitante que planteaba el Gobierno de la Ciudad, fue una de los numerosos de la ciudad que no toleraron.

Posiblemente uno de los puntos más irritantes de esta norma es que brinda un trato a personas adultas que es comparable al que se le da a quien no tiene noción acerca de la relación entre sus actos y las consecuencias. Es peor que una infantilización, ya que nadie en su sano juicio creería que todos los niños son inhábiles para entender los resultados de sus conductas **(11)**. La sentencia brinda información sobre bastantes de los reclamos recibidos por parte de habitantes de la ciudad. La indignación que produjo la medida se expresó de diversas formas y el fallo, al dar cuenta de esos casos, logra transmitir esas vivencias.

La impugnación a esta medida no significa ninguna subestimación de emergencia sanitaria que surge de la pandemia del COVID-19. El primer artículo de esta resolución busca ofrecer asistencia a las personas mayores de 70 años, a través de los agentes municipales que no tengan una función esencial (difícil es saber cuántos y cuáles). Las tareas de estos empleados, un poco confusamente enunciadas, parecen orientadas a "concientizar acerca de los riesgos de contagio". Hubiera sido curioso ver cómo se implementaba tal iniciativa, de haber prosperado esta malograda resolución, tomando en cuenta la inconmensurable masa laboral en el municipio de la Capital Federal.

V. Del cuidado absoluto del Estado absoluto

La encarnación de un Estado de Bienestar llevado al paroxismo es coherente con el sostenimiento de una burocracia estatal que haga todo, inclusive que nos abastezca diariamente de las provisiones. Sin embargo, la hipótesis del cuidado absoluto deviene absurda por varios motivos, entre los cuales creo que los más evidentes son: a) la resistencia social a perder el libre albedrío individual; b) la imposibilidad fáctica de una organización estatal que abarque eficientemente todas las necesidades de todos los habitantes. Sin perjuicio de esta escasa probabilidad de éxito, el ideal del cuidado absoluto avanza en nuestras vidas a través de la delegación de cada vez más tareas a la estructura estatal.

La crisis actual permite evidenciar y analizar una tendencia de larga data en el sistema legal argentino: la proliferación normativa que se intenta justificar en la protección paternalista de los habitantes. Esto no es un problema solamente argentino, sino que afecta a casi todos los países del mundo. Posiblemente con buenas intenciones, pero excediendo su competencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una declaración dirigida de forma genérica a los distintos países que integran el siste-

(10) "Das Leben der Anderen" el título original, con guion y dirección de Florian Henckel von Donnersmarck, fue estrenada en 2006.

(11) En la misma línea se halló una Circular de la ANDIS que pedía que las personas con discapacidad circularan con un lazo azul que los identifique.

Thomson Reuters

ma interamericano de derechos humanos. Más allá de las consideraciones acerca de los alcances de su jurisdicción, ese organismo no tiene facultades legislativas ni ejecutivas. Sin embargo, de modo paternal envió este documento. El título de la declaración es "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales". Se trata de un catálogo de lugares comunes, entre los que no faltan la llamada al dialogo, la solidaridad social y la cooperación regional. Este documento hace referencia al respeto a minorías que considera en condición de vulnerabilidad y así menciona a "...las personas mayores, las niñas y niños, las personas con discapacidad, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas, las comunidades indígenas, las personas en situación de pobreza y el personal de los servicios de salud que están prestando atención en el marco de la emergencia sanitaria".

¿Está mal un recordatorio acerca de las obligaciones que deben cumplirse? Por supuesto que no, pero esa no es la función de ese organismo. Y la función de los gobiernos es prestar más atención a la prudencia que al elogio o la crítica de esta clase de entidades que no constituyen un "gobierno del mundo" como a veces se los cita. He allí mi única objeción a tan excelente sentencia: le da a la Corte Interamericana un carácter que no tiene, al calificarla como "el máximo tribunal continental".

En síntesis, si quisiéramos pensar la situación actual en los términos de la imagen de la pendiente resbaladiza, el peligro que enfrentamos no parece ser tanto un totalitarismo al estilo de los regímenes del fascismo, el nazismo o el comunismo de la primera mitad del Siglo XX. En cambio, la pendiente nos desliza hacia un hedonismo consumista. El votante-consumidor pide al Estado que haga todo, en una distorsión de lo que fue el origen del Estado de Bienestar. Eso sucede también cuando se confunden derechos con prestaciones, una falsa equivalencia que degrada la calidad institucional.

VI. ¿Impunidad de los funcionarios?

Los dos principales artículos de esa norma fueron declarados inconstitucionales y el Gobierno de la Ciudad tuvo, al menos, el pudor de no apelar. Podemos asumir, entonces, que la parte vencida en este proceso reconoció tácitamente luego de este fallo que la norma impugnada se trataba de una torpeza jurídica de su parte. La pregunta posterior es cuáles son las consecuencias por tamaña grosería jurídica. ¿Quién es responsable entonces por un error de tal gravedad? ¿Nadie renuncia luego de este desatino?

La Defensoría de la Tercera Edad ya había tenido intervención en la denuncia de otro escándalo previo, la falta de previsión en la apertura de bancos el día 3 de abril. En aquella oportunidad, este organismo de control estatal pidió la renuncia de los dos funcionarios de ANSES que estuvieron a cargo de ese operativo: Enrique Vanoli (titular de ANSES) y Luis Bulit Goñi (Secretario de Seguridad Social de la Nación). Estos dos funcionarios fueron los responsables, a consideración del Defensor de la Tercera Edad, de los desbordes producidos aquel día. Tales hechos eran previsibles, sin embargo, no se hizo, por impericia o negligencia de las áreas de gobierno a cargo de los denunciados.

El desatino en aquel momento, la imprudencia en la gestión pública y las fallas técnicas de la resolución impugnada del GCBA tienen algo en común: la carencia de idoneidad de sus funcionarios en materia jurídica. Posiblemente haya muchos buenos abogados en el Gobierno de la Ciudad. Pero lo que está a la vista es la pobreza jurídica de una norma tan importante en un momento crucial. Si bien las segundas y terceras líneas en el ámbito del gobierno nacional han cometido errores graves, hay que decir que los principales Decretos de Necesidad y Urgencia han tenido mejor consistencia que esta norma municipal. Lamentablemente, en cuanto a impunidad de funcionarios que cometen graves errores técnicos, se unifican los estilos de gestión a nivel nacional y de la Ciudad de Buenos Aires.

Si esta clase de desaciertos jurídicos no tienen consecuencias, es posible que se reiteren. Inclusive, si los funcionarios no van a acudir a sus servicios de asesoramiento jurídico, entonces podría ser mejor prescindir de esos servicios para aliviar al erario público. Ahora bien, si estas medidas pasaron por el tamiz del asesora-

Thomson Reuters

miento jurídico y no fueron impugnadas por los profesionales antes de ser firmadas por las autoridades, estamos ante un severo problema de carencia de idoneidad técnica. Quiero asumir de buena fe, que los asesores jurídicos advirtieron a las autoridades sobre la inconstitucionalidad de esta norma y que fueron los funcionarios políticos quienes desoyeron el consejo legal. Extremo paternalismo legislativo que demostraron las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hace dudar de su idoneidad técnica. Cualquier abogado con buena formación le hubiera advertido al Jefe de Gobierno que una iniciativa de esta naturaleza era inconstitucional.

En cualquier caso, el error es grave y requiere que el contribuyente obtenga las explicaciones pertinentes y pueda ver las dimisiones que corresponden por la falta. De otro modo, el control republicano sería una mera cáscara sin sustancia. Los responsables políticos de este disparate jurídico, en los niveles medios, deberían poner su renuncia a disposición del Jefe de Gobierno.

VII. Cierre: el peor escándalo es la escalada demagógica

El término "escándalo" no busca exagerar la gravedad del caso, ni tampoco imponer un parámetro moral para juzgar la acción. Se intenta expresar de la manera más clara posible que la tendencia de sancionar normas sin coherencia con el sistema jurídico, pueden degradar considerablemente a la calidad institucional. El motivo es que esas innovaciones se imponen por el solo hecho de tener el poder de hacerlo. Y que en algunos casos encuentran a jueces que aplican de manera correcta el derecho y frenan a estas irrupciones de elementos jurídicos totalmente extraños. Pero si no se denuncia lo escandaloso de estos dispositivos, un día podemos empezar a acostumbrarnos, ese es el retroceso del régimen de garantías constitucionales.

Es innegable la dimensión de la crisis que produjo la pandemia del COVID-19 y los gobiernos de todo el mundo han intentado distintas medidas preventivas. Pero ello no justifica a una inflación normativa sin control. El problema, sin embargo, es anterior. Desde hace muchos años que la tendencia de los gobiernos argentinos es a crear normas sin real sustento y sin coherencia con el resto del sistema. La profusión normativa es una pandemia jurídica que llegó hace décadas y hasta ahora se queda, sin distinción de fronteras partidarias. El sistema político vive en un realismo mágico, que considera que, modificando las leyes, modifica automáticamente la realidad.

La inflación normativa provoca incertidumbre, inseguridad jurídica. Por otra parte, abre la puerta a creación diaria de nuevos "programas" gubernamentales, con una planta incalculable de funcionarios. El afán de controlar cada aspecto de la vida de los individuos expresa un optimismo notable en la posibilidad de decretar la felicidad de la población. ¿Se debe a una ingenuidad de los gobernantes o a una sobreactuación? La consigna de tener un "Estado presente" se ha convertido en un cliché, que justifica verdaderos despropósitos. Porque recordemos que al hacer algo, se deja de hacer otra cosa, quizás el Estado debería recordar sus iniciales competencias antes de lanzarse a un programa que abarque todos los aspectos de la vida.

Esta norma es escandalosa porque exhibe un desorden grave, el escándalo de la demagogia. La gestión pierde de vista los propósitos institucionales para guiarse por lo que atrae votos. En tal situación, no parece importar a los gobernantes emitir un disparate jurídico como la resolución impugnada. Lamentablemente esa norma no es tan distinta a otras medidas de gobierno. En la política argentina, la escalada demagógica es el peor escándalo y, por lo tanto, el más acallado. Si en términos jurídicos nos acostumbramos a desatinos de esta naturaleza, la calidad institucional continuará deteriorándose. De manera optimista podemos considerar que esta sentencia judicial es una oportunidad para el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires, para revisar con serenidad la calidad jurídica de su gestión.

Thomson Reuters

IDENTIDAD DE GÉNERO

Sistema binario mujer/varón. Interpretación. Derechos humanos que le asisten a los colectivos discriminados y en situación de vulnerabilidad. Indefinición de una orientación sexual. Acto discriminatorio.

Con nota de Gabriela Yuba

1. — El razonamiento seguido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Tierra del Fuego al afirmar que el ordenamiento jurídico vigente se encuentra sustentado en base al sistema binario mujer/varón o femenino-masculino, se aparta sin justificación atendible y razonable de los fundamentos brindados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17 CIDH, del mes de noviembre de 2017 y no aplica las claras disposiciones de los arts. 1, 3, 7.1, 11.2, 18, 24, 29 y cctes. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, desde que toma una posición reñida con los derechos, principios y garantías constitucionales de dignidad de las personas, igualdad ante la ley, no discriminación, intimidad e identidad de género.

2. — El dictado de actos administrativos por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Tierra del Fuego, basados exclusivamente en una mirada limitada a los conceptos mayormente contenidos en legislación interna, no contempla por regla general situaciones de vulnerabilidad; en tal sentido, las respuestas basadas en la ley 887 de Tierra del Fuego y la asignación binaria del sexo en la identidad de las personas, no respeta garantías de derechos humanos que asisten a los ciudadanos, y en mayor grado a, grupos de colectivos que han sufrido históricamente discriminación y persecución, compuestos por personas afectadas por su vulnerabilidad social, económica, laboral y en sus derechos civiles y políticos.

3. — El organismo provincial realiza una interpretación restrictiva, discriminatoria e inadmisible, por cuanto deviene incoherente sostener el derecho a la identidad de género en los términos de la Ley Nacional 26.743 y negarla por la indefinición de una orientación sexual o asignación de sexo única, que de haber sido así autopercibida, dentro del modelo binario, tornaría abstracta la necesidad de obtener una nueva partida de nacimiento y documento nacional de identidad con identidad de género no binaria o mejor dicho, igualitaria.

4. — La disposición que denegó la petición efectuada para que se expida una nueva partida de nacimiento, dejando asentada su percepción de identidad de género no binaria/igualitaria, y el correspondiente documento nacional de identidad, incurre en discriminación por cuanto interfiere en el derecho a contar con documentación personal de la cual se compruebe su identidad de género no binaria, autopercibida, afecta los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, libertad y a vivir en comunidad de acuerdo a la identidad de género autopercibida, la cual no necesariamente debe identificarse con uno de los sexos.

JFamilia y Minoridad, Ushuaia, 16/12/2019. - S. B., G. A. S.L. c. Registro de Estado Civil y de la Capacidad de las Personas s/ amparo.

[Cita on line: AR/JUR/56336/2019]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

1ª Instancia.- Ushuaia, diciembre 16 de 2019.

Resulta:

1. Que mediante escrito de fs. 2/7 se presenta S. L. S. B., titular del DNI N° ..., por su propio derecho, con el patrocinio letrado del Dr. Joaquín Radice (MP ...) y promueve acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución de la Nación Argentina y arts. 1, 5 y cctes. de la Ley de amparo N° 16.986, contra el Registro Civil y Capacidad de las Personas para que se declare la aplicabilidad del art. 2° de la Ley 26.743 de Identidad de Género y se ordene al citado Registro que proceda a la inscripción del cambio de nombre en la partida de nacimiento y su documento nacional de identidad, como así también que en el casillero correspondiente a "sexo" sea descripto como "identidad no binaria".

En apoyo de su petición expone que en la propia construcción de su identidad no puede percibirse, ni pensarse o reconocerse, en las estructuras sociales que se han denominado preformativamente como "hombre" o "mujer", dentro de los esquemas binarios socialmente definidos, con repercusión directa sobre su identidad, ya que no se autopercibe ni como mujer, ni como varón, categorías que exceden la misma, generando consecuencias sobre su identidad legalmente reconocida.

Relata que al comenzar a participar activamente del movimiento LGBTIQ pudo comprender su situación, compartiendo con otras personas que se sienten

Thomson Reuters

abarcadas en este conjunto que no está identificado con el género que le ha sido asignado al nacer y, apartándose de la pauta biológica, cuestiona aquella identidad.

Que su nombre registral no le representa en su ser e identidad. Agrega que tiene un hijo de seis (6) años y quiere ser un ejemplo de lucha porque la acción promovida le permitiría reparar su identidad, al igual que el caso del reconocimiento de género no binario que ya aconteció en la Provincia de Mendoza.

Fundamenta en derecho su petición, ofrece prueba y realiza el petitorio.

2. De forma previa a declarar la admisibilidad del trámite, se exige a la peticionante que acredite el acto u omisión administrativa de la autoridad pública al cual se atribuye —que en forma actual o inminente— lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, un derecho y garantía que le viene reconocido por la Constitución, adjuntando la solicitud prevista por el art. 4 inc. 2° de la Ley 26.743 y la respuesta obtenida.

Debidamente cumplido el recaudo de admisibilidad del trámite excepcional del amparo se tiene por promovida la demanda y se requiere a la Provincia de Tierra del Fuego la elaboración del informe previsto por el art. 8 de la Ley 16.986 —ver fs. 17—.

Mediante pieza escrita incorporada a fs. 24/33, la parte actora se presenta con el nuevo patrocinio letrado de la Dra. Solange Verón (MP ...), amplía la demanda previo a la traba de la litis, en relación al dictado de la Disposición 2019-69E-GDETDF-DGRCCP#MDJ y dictamen legal N° IF-2019-0091643-GDETDF-DGRCCP#MDJ, acto al que atribuye nulidad absoluta y manifiesta, por ser inconstitucional.

Subraya que se trata de un amparo por discriminación y amplía su petición para que se disponga la modificación de la partida de nacimiento y documento nacional de identidad de su hijo S. R. S., en los cuales la amparista está identificada con el nombre anterior al de su identidad de género autopercibida.

Afirma que los fundamentos de la Disposición del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Ushuaia y su dictamen legal —ya referidos *ut supra*—, por la cual se niega su solicitud de acceder al cambio registral de su nombre y género, por inexistencia de normativa que contemple consignar el sexo no binario según su identidad autopercibida, resultan arbitrarios e inconstitucionales.

Argumenta que el concepto "sexo" en el articulado normativo no puede ser interpretado de modo restrictivo al derecho a la identidad de género, entre los cuales se encuentra el "no binarismo", no ya como una concepción de sexo biologicista, sino desde una definición de sexo, como sexo-género.

Que la Opinión Consultiva N° 24/17 de la CIDH, sostiene que en caso de duda ha de estarse a la identidad de género y por ello, no puede interpretarse la palabra "sexo" inserta en la Ley de Identidad de Género como sexo-biológico, ya que debe estarse a una interpretación a favor del derecho a la identidad de género, en un sentido amplio, como también lo establece el art. 13 de la Ley Nacional 26.473.

Efectúa su crítica al dictamen jurídico que sirvió de base a la Disposición que por esta acción deja cuestionada, dado que —a su entender—, se realiza una interpretación restrictiva del citado plexo normativo, contrario al espíritu de la ley, la cual propone un nuevo paradigma, y se opone a la imposición del pilar binario sexo genérico, promoviendo el resquebrajamiento de la dicotomía varón/mujer.

Cita prestigiosa interpretación doctrinaria fundada en precedentes de la Corte Suprema de Justicia ("Giroldi", "Mazzeo"), por la cual la interpretación y aplicación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), extendiéndose a las Recomendaciones y Opiniones Consultivas que emanan de la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos.

Refiere antecedentes nacionales donde —según afirma—, se obró conforme a derecho en sede administrativa, citando el art. 3 de la Ley 26.473 de Identidad de Género y los fundamentos del dictamen jurídico previo, en lo pertinente.

Pone sobre relieve que la denegatoria del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Ushuaia a su cambio de identidad de género, como no binarie o autopercibide por no estar "previsto en la norma", es restrictiva de una u otra manera, generando la nulidad absoluta del acto que se funda en dicho dictamen, por cuanto importa una interpretación heteronormativa, binaria, biologicista, desactualizada y regresiva.

Indica que al precedente del Registro Civil de la Provincia de Mendoza, se ha sumado recientemente la inscripción registral de identidad de género como "autopercibida" a favor de una persona de 19 años de edad.

Que la Disposición del Registro que ataca por la vía del amparo violenta derechos a su personalidad jurídica, a la identidad, la autonomía de su voluntad,

Thomson Reuters

al nombre, la salud integral, igualdad y dignidad, de máxima jerarquía convencional/constitucional.

Acerca de la modificación de documentación de su hijo S. R. S., amplia también su escrito de demanda para que se modifique su dead name tanto en la partida de nacimiento de S. como en su DNI.

3. Corrido el traslado de la demanda y su ampliación, debidamente notificada la Provincia demandada y el Sr. Fiscal de Estado, es presentado en tiempo y forma el informe del art. 8 de la Ley 16.986, por parte de la Directora General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego, A. e I.A.S., Dra. Marianela Solange Varas Bleuer (MP ...).

Solicita se declare la inadmisibilidad del amparo y su total rechazo, con expresa imposición de costas.

Aduce que la Disposición N° DISPO-2019-69-E-GDETDF-DGRCCP#MGJ, del 19 de junio de 2019 de ningún modo lesionó, restringió, alteró o amenazó con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales de la amparista.

Que en el acto cuestionado se respetó y actuó de conformidad con la legislación vigente, Ley de identidad de Género y Ley Orgánica del Registro Civil (Ley provincial N° 887), como así también con el bloque normativo del sistema jurídico argentino, dejando detalladamente explicados los fundamentos técnicos que impiden acoger favorablemente su petición en sede administrativa.

Entiende que existen otras vías idóneas para la protección del derecho o garantía constitucional, como la contencioso administrativa contra la Provincia de Tierra del Fuego. Valora como pobre la argumentación ensayada en la demanda sobre la pertinencia de la vía procesal del amparo, ya que no se mencionan los riesgos concretos, ni se describen daños inminentes, de imposible reparación posterior.

Agrega a lo dicho que la cuestión amerita transitar un proceso judicial que permita un debate más amplio y profundo, con eventual control de constitucionalidad de leyes.

Adentrándose al tema que conforma el objeto litigioso meritúa que resulta innegable que el sistema jurídico nacional —en su integralidad— reposa en la clasificación binaria del sexo, a saber: cuando regula la violencia de género hacia la mujer, la diferencia de edad en el régimen previsional, según el sexo, los diferentes plazos de las licencias laborales para la mujer y el varón.

Transcribe el dictamen jurídico de la Dirección General de Técnica Jurídica del Registro Nacional de las Personas: EX-2019-0877083-APN-DNI#RENAPER, del 14 de febrero de 2019, suscripto por los Dres. Sebastián Miguel Pareja Maximiliano Alberto Ceballos, a cuya lectura aquí se remite para mejor ilustración, por razones de brevedad.

La parte demandada se aparta de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 24/17 CIDH y, sin desconocer los derechos esgrimidos ni la construcción identitaria de la amparista, basada en su autopercepción, esgrime que para una inscripción registral como la peticionada se debe materializar un pronunciamiento jurisdiccional o una modificación legislativa en tal sentido, más de ningún modo vía petición administrativa de cambio de identidad de género ante el Registro Civil.

Al punto III.-b) elabora el informe circunstanciado, remitiendo a los fundamentos ya vertidos en el dictamen técnico jurídico y la propia Disposición administrativa cuestionada.

Afirma que la Ley 26.743 contempla el derecho a la identidad de género de la persona y su pleno reconocimiento, conforme la auto percepción que del mismo posea el sujeto, con independencia del sexo asignado al momento del nacimiento, cuestión que por su parte debe ser concordada con las restantes normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente, el que se encuentra sustentado en base al sistema binario mujer/varón o femenino/masculino, no contemplando al respecto en la actualidad el reconocimiento legal de otra clasificación.

Postula que la interpretación correcta consiste en reconocer a la persona la identidad de género autopercibida sin restricción alguna, pero no ocurre lo mismo con el sexo, que sólo reconoce como válidos por causas biológicas, la mujer y el varón, clasificación que sirve de sustento a la estructuración de diversas normas, a saber: provisionales, licencias laborales, protección integral a las mujeres.

Reitera que excede a la órbita y competencia del Registro Civil el hecho de autorizar la introducción del sexo "no binario" en los instrumentos públicos donde obren registrados los nacimientos de las personas y que luego servirán de base para promover la identificación de la persona, en base a la emisión del DNI, cuando ello entraría en conflicto con el bloque normativo legal nacional y provincial.

En relación a la Opinión Consultiva N° 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que no es una sentencia, por lo que no está sujeta a

Thomson Reuters

las potestades de ejecución de las mismas y que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos no establece que las opiniones consultivas sean vinculantes u obligatorias.

Finalmente, en cuanto a la ratificación en la partida de nacimiento de su hijo S. S. de su nombre y sexo de acuerdo a su identidad de género autopercibida, destaca la falta de competencia del organismo, toda vez que la única vía admitida es la judicial, por cuanto no se trata de un error material u omisión incurrido en la inscripción originaria (art. 128 Ley 887). Cita las conclusiones del XII Encuentro del Consejo Federal de los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la República Argentina, mayo 2015, Puerto Madryn, Chubut.

Agrega que el asiento del sexo del progenitor no es un recaudo registral en las partidas de nacimiento del hijo; basta consignar el nombre, apellido, tipo y número de documento nacional de identidad. (Art. 53 Ley 887).

Concluye que en relación a la rectificación de la partida de nacimiento de su hijo S., que constituye el objeto de la ampliación de la demanda de amparo, no hay acto administrativo denegatorio previo.

Deja ofrecidos los medios de prueba —documental—, funda en derecho su informe y peticiona el rechazo de la acción de amparo, con imposición de las costas del juicio a la parte actora.

4. Luce acompañado el dictamen del Ministerio Público Fiscal, que propicia se haga lugar a la demanda por cuanto entiende: "...que la Ley Nacional N° 26.473 de Identidad de Género, permite identidades por fuera de los criterios binarios de varón o mujer. Esta ley habilita cambiar no solo de uno a otro, sino que al permitir y establecer que la identidad de género es la "vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo vive", está entonces permitiendo otras identidades fuera del binario; la identidad de cada persona, perfectamente puede entonces no ser ninguna de esas dos" (ver fs. 102).

A fs. 103 se llaman autos a despacho para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme, y

Considerando:

1. Que el objeto de la acción de amparo promovida consiste en obtener un pronunciamiento jurisdiccional que obligue al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Ushuaia a extender a favor de S. L. S. B. una nueva partida de nacimiento y el consiguiente nuevo documento nacional de identidad, en los cuales conste su cambio de nombre de acuerdo a su identidad autopercibida, y la leyenda "no binario" en el casillero correspondiente al sexo. Por ampliación de demanda se deja peticionada la rectificación de sus datos filiatorios en la forma prescripta por la Ley de identidad de Género, en la partida de nacimiento de su hijo S. R. S. y su documento nacional de identidad.

Por la claridad que emana del pensamiento del profesor Andrés Gil Domínguez, en cuanto refiere al Estado Constitucional de Derecho que rige las relaciones entre los sujetos he de citar conceptos de su obra: "En un Estado constitucional de derecho como el argentino, el punto neural, la base estructural es el sistema de derechos; esto es, los derechos fundamentales, aquellos comprendidos expresa o explícitamente en el texto constitucional y los derechos humanos, aquellos comprendidos expresa o explícitamente en instrumentos internacionales de derechos humanos que el convencional constituyente en 1994 invitó a que compartieran con la Constitución el mismo ámbito normativo y el mismo espectro de imperatividad."

Y agrega: "Los derechos fundamentales y los derechos humanos están estructurados como fórmulas abiertas, indeterminadas, sin establecer un sólo sentido para que aquellos que titularizan y ejercen estos derechos puedan convivir en una sociedad fragmentada, basada en el hecho del pluralismo, donde tenemos concepciones de vida heterogéneas, distintas, diversas, de las biografías, de las dignidades, de la existencia y de la finitud. En sociedades de estas características, que son las reguladas por el Estado constitucional de derecho, que los derechos tengan una estructura abierta o indeterminada permite que cada uno en ese Otro que postulan los derechos pueda ver reflejado los derechos a desarrollar su vida y biografía, implicando esto un reaseguro del pluralismo" (Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, ps. 300/301).

Sobre la plena operatividad de los derechos fundamentales, en el caso "Ramos, José L. c. Estado Nacional", el Alto Tribunal de la Nación sostuvo: "...la Constitución Nacional en cuanto reconoce derechos humanos, lo hace para que estos resulten "efectivos y no ilusorios", de manera que es tan cierto que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, como lo es que esta última está destinada no sólo a no alterarlos (art. 28 CN), sino a darles toda la plenitud que le reconozca el texto cimero que los enunció y que manda asegurarlos" (CSJN, Fallos: R.354. XLIV, 6 abril 2010), citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 129.

Thomson Reuters

Al modo de decir de Nora Lloveras: "Los operadores jurídicos deben identificar, en cada caso concreto, la validez de una norma reglamentaria y su pertenencia al sistema, validez que podrá derivar del texto de la Constitución o de los preceptos predicados en los tratados que conforman el denominado "bloque de constitucionalidad" (Lloveras - Salomón "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 51)

Y puntualiza: "El Derecho Constitucional de Familia conlleva la necesidad de contrastar o compatibilizar armónicamente las regulaciones legales de segundo grado —Cód. Civil y leyes reglamentarias— con los derechos, valores y principios que emanan de la carta magna" (Lloveras - Salomón "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 52).

"En la teoría constitucional moderna, la referencia a la dignidad, es lo que refuerza la coherencia global del sistema de protección de derechos, provee asistencia para su adecuada interpretación en situaciones complejas y explica la división de poderes; si las instituciones constitucionales están divididas, no es solamente para evitar el abuso de poder, sino para proteger adecuadamente los derechos fundamentales; todo poder ilimitado se extralimitará sobre los ciudadanos tarde o temprano, y ello es absolutamente inadmisible porque destruirá la dignidad de seres humanos. La idea central de la dignidad es la llave de la democracia constitucional moderna, tanto en su sistema de derechos como en su organización institucional 636.- (636... las Constituciones de los Estados constitucionales... se apoyan sobre la dignidad humana como premisa antropológico-cultural y conducen a la democracia como "consecuencia orgánica" (Háberle, Peter, Libertad, igualdad, fraternidad, Madrid, 1998, p 45), citado en Gustavo Ariel, "Dignus Inter Pares - Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 199.

"Entender la dignitas no como un sentimiento individual de orgullo en sí mismo, como una mera autoestima, sino como dignitas del miembro de una fratría, de un igual entre iguales, de alguien a quien, si no se lo respeta con la consideración, respeto y estima que implica la hermandad, debe entender que no es, que nunca fue, que deja de ser miembro de esa fratría. Es entender que cada persona es un dignus inter pares, digno entre sus pares en la fraternidad, de la nación a la que pertenece, ésa es su dignitas; es la autoestima de sí y la autoestima de pertenecer a un grupo que lo respeta y aprecia y que lo asistirá a conservar esa dignitas que así lo necesita. (Taylor sostiene que el falso reconocimiento (el previo de mi modo de ser por parte de los demás) o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede constituir una forma de opresión fundamentalmente porque los subyugados pueden llegar a interiorizar una imagen despectiva de sí mismos mentalmente (el multiculturalismo y la política del reconocimiento, México DF 1993 P 149) Nosotros vamos más allá; no solo pierden autoestima personal; a causa de la discriminación, dejan de pertenecer al grupo del cual creían formar parte, se destruye su identidad, se aíslan con desconfianza del resto de la nación y deben salir a buscar un nuevo grupo de referencia, esa pérdida es mucho más profunda que las lesiones al ego.) (Ver Gustavo Ariel Kaufman, ob. cit., p. 180.

Alguien alguna vez dijo: "Enfréntate a tus miedos mas profundos y más oscuros, lucha sin pausa para superarlos, sólo de esa manera serás libre". En el marco de un Estado constitucional de derecho, el desafío constante es desafiar a la "otra escena" del derecho para intentar superar imposiciones morales que no reconocen la constitución subjetiva del otro como prójimo. Sólo de esta forma se podrá alcanzar el máximo esplendor del pluralismo y la tolerancia. El caso "Alitt" posibilita la configuración de un nuevo orden simbólico, donde la sexualidad pueda ser vivida plenamente sin ocultamientos ni enclaves normativos descalificadores que reivindican una supuesta normalidad como la única opción moral digna de ser reconocida" (Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 242).

Se concluye así que el techo del ordenamiento jurídico no es el Código Civil ni el Código Penal ni la ley de procedimientos administrativos. El techo del ordenamiento que tiene fuerza normativa y rige todo tipo de relaciones es la Constitución. Y este es un punto neurálgico clave que la Corte Suprema ha distinguido específicamente tanto en el caso "Casal" como en numerosos casos posteriores.

¿Cuál es el ámbito de expansión que establece la fuerza normativa? Después de la reforma constitucional de 1994, es nuestra Constitución, más todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, más aquello que los órganos de aplicación de esos instrumentos dicen acerca de ellos; citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 292.

2. Sobre el control de convencionalidad de las normas que deben realizar los jueces en los casos sujetos a su decisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho con meridiana claridad (Fallos: 336:1024, "Carranza Latrubesse c. Estado Nacional y otro", 6 de agosto de 2013): "Si, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969),

Thomson Reuters

un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA)... Las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del procedimiento de peticiona individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, ya que tal como surge del art. 68 del Pacto solo las sentencias de este último tribunal son ejecutables en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, pero el principio de la buena fe obliga a tener en cuenta su contenido, pues la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos no es ajena a la jurisdicción de la Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla" (voto del juez Enrique Santiago Petracchi).

En el mismo precedente del Alto Tribunal de la Nación, el juez Maqueda dijo: "La aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, criterio que se corresponde con el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe ser guía para la interpretación de preceptos convencionales" (voto del juez Juan Carlos Maqueda en "Carranza Latrubesse c. Estado Nacional y otro").

En el caso "Mazzeo, Julio y otros" (CSJN Fallos: 330:3248), la Corte Suprema de Justicia sostuvo (considerando 21): "Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad", entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana - CIDH, serie C N° 154, caso "Almonacid" del 26 de setiembre de 2006, parágraf. 124."; citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, ps. 122/123.

En nuestra provincia la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones, con asiento en la ciudad de Río Grande, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto medular de la cuestión debatida, en forma concordante con la Corte Suprema de Justicia de la Nación y radicalmetne opuesta a los argumentos vertidos en el informe del art. 8 de la Ley de amparo, por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Ushuaia:

"...V.1.- En primer lugar no puedo soslayar la imperiosa obligación que tienen todos los magistrados como así también las autoridades administrativas conforme lo resuelto consecuentemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos fallos (Véase CIDH casos "Almonacid Arellano vs. Chile", "Gelman c. Uruguay", entre otros) de efectuar un control convencional ex officio de las normas a aplicar lo que implica, indefectiblemente, realizar también un control constitucionalidad por el carácter coadyudante o complementario que ostenta la Convención respecto a la carta constitucional conforme artículo 75 inciso 22. Lo expuesto sirve para dejar sentado la obligación que, incluso, le compete a las autoridades administrativas de llevar a cabo tal control. La Corte IDH, literalmente expuso: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (CIDH "Almonacid Arellano c. Chile").

Thomson Reuters

Posteriormente, la Corte IDH aclaró y a la vez expandió su doctrina sobre el control de convencionalidad para establecer que debe ejercerse ex officio sin necesidad de que las partes lo soliciten; y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia (Véase Corte IDH. Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128).

A partir de 2010, la Corte IDH sustituyó las expresiones relativas al "Poder Judicial" para hacer referencia a que "todos [los] órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces" (Cfr. Corte IDH, Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en Corte IDH. Caso "Cabrera García y Montiel Flores c. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrs. 19 a 21), deben velar por el efecto útil del Pacto, y que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad" (Ibidem, párr. 18). Esta consideración de ejercer este tipo de control por todos los órganos de los Estados se entiende no sólo a los "jueces" y "órganos vinculados a la administración de justicia", sino también a las "autoridades administrativas"; por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Lo anterior, si bien se dejaba ver en el caso "Cabrera García y Montiel Flores c. México" (2010), ha quedado clarificado por la Corte IDH en el Caso "Gelman c. Uruguay" (2011), estableciendo que también debe primar un "control de convencionalidad" al constituir una "función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (Corte IDH, "Caso Gelman c. Uruguay", Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239). (Véase Cám. Apel. Río Grande TDF, Sala Civil, Sent. Definitiva N° 107/19, 6/agosto/2019, "Pereyra Ramos, Rafael c. Concejo Deliberante de Tolhuin s/ Amparo", N° 9166/19, voto del juez Ernesto Adrián Löffler).

3. La ley nacional de identidad de género N° 26.743 reconoce a toda persona el derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada (art. 1°).

Define normativamente a la identidad de género como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo... otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales" (art. 2° Ley 26.743).

Reconoce que toda persona tiene derecho a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida (art. 3°).

Es preciso destacar la clara pauta de hermenéutica contenida en el artículo 13 de la Ley de Identidad de Género, que manda propiciar el respeto al derecho humano a la identidad de genero de las personas y expresamente prohibe que mediante normas, reglamentación o procedimientos se limite, restrinja, excluya o suprima el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas, siempre a favor del acceso al mismo.

A partir de la clara prohibición que contiene el artículo 13 de la Ley 26.473 ya transcripto, he de comenzar la presente argumentación diciendo que el mismo se engarza en los criterios de interpretación establecidos con mucha anterioridad por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por tal razón, ninguna disposición del Pacto de San José de Costa Rica puede ser interpretada en el sentido de a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Desde tal atalaya, en el orden nacional, para favorecer el reconocimiento efectivo del goce de los Derechos Humanos a toda persona, nuestra Constitución Nación manda promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la propia Carta Magna y en los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 23 CN).

Thomson Reuters

En forma concordante, el Cód. Civ. y Com. de la Nación exige resolver los casos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma (artículo 1° Cód. Civ. y Com. de la Nación) y manda ponderar que 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 (artículo 2° Cód. Civ. y Com. de la Nación).

4. Por su lado, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos reconoce en su Preámbulo que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos."

Que por el art. 1° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Los Estados Partes... se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

A su vez, el art. 11 que garantiza la protección del Derecho a la Honra y de la Dignidad, edicta: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

Nuestra Constitución Nacional manda promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 23 CN).

En base a ello, conforme se afirma en la Opinión Consultiva N° 24/2017 de la Corte Interamericana al tratar el "principio de igualdad y no discriminación" en relación al Derecho Humano a la Identidad de Género: "está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género... Se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida en forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1... la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido."

La propia Corte Interamericana destaca en relación al Derecho Humano a la Identidad de Género que se encuentra ligado al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada... el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad... interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho... La identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero..."

Con meridiana claridad la Corte Interamericana subraya en la citada Opinión Consultiva, que: "La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un

Thomson Reuters

obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica... El Estado... debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas."

Concluye sin hesitación que "el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (art. 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), y el derecho al nombre (art. 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal... sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional."

Resultan de aplicación al *sub lite* los denominados "principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", también difundidos como Principios de Yogyakarta, concluidos en el mes de noviembre de 2006 por 29 reconocidas y reconocidos especialistas procedentes de países de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se destaca que las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género reales o percibidas de las personas constituyen un patrón global y arraigado que es motivo de seria preocupación; la vigilancia ejercida por los Estados en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad entre los géneros.

En relación al principio 1 Derecho al Disfrute Universal de los Derechos Humanos, recomienda a los Estados integrar a sus políticas y toma de decisiones un enfoque pluralista que reconozca y afirma la complementariedad e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género (ver punto D).

Para el pleno disfrute de todos los derechos humanos, el principio N° 2 contiene el reconocimiento del Derecho a la Igualdad y No Discriminación, donde se recomienda adoptar toda medida legislativa y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada (Recomendación al Principio N° 2 del punto C).

Es dable citar el 3er. Principio de Yogyakarta que plasma el Derecho al Reconocimiento de la personalidad jurídica, para cada persona en la diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad... Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género. El punto C. de las recomendaciones en este principio es claro al decir que los Estados "Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos—, reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí.

Los puntos D y E del citado principio 3ro., encomiendan a los Estados garantizar que los procedimientos administrativos sean eficaces, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona; asegurando que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas.

Finalmente, el 6to. Principio relacionado al Derecho a la Privacidad, destaca que incluye la opción en cuanto a revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo..."

5. Como ya se dijo en párrafos precedentes: "La interdicción de discriminación y la exigencia internacional de que los Estados concreten acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dichas conductas deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido: a) en la legislación y b) en la interpretación

Thomson Reuters

que de tales leyes hagan los tribunales. En este sentido, la ley 23.592 persigue conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución argentina (el acto discriminatorio) estableciendo a tal efecto la imposición al autor del acto conculcador la obligación de dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados; por ende, se erige como una reacción legal proporcionada a tamaña agresión puesto que el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona. Mortificación que no sólo impacta en el espíritu sino que también daña el cuerpo constituyendo una fuerza patológica y destructiva del bienestar de las personas" (Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires,p. 153).

"El derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es y la garantía que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades sin necesidad de entenderlas o regularlas." (Aut. y ob. cit., p. 224).

No debe soslayarse que "La lucha contra las fobias sociales se extiende más allá de la cuestión gay y desde mucho antes del debate por la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Cada tiempo ha tenido su signo y ha despertado resistencias en aquellas minorías oprimidas, degradadas o exterminadas por las mayorías. Incluso la homofobia es un término ganado a la persecución, la ignominia y a la aceptación revulsiva. Seguramente llegue un tiempo en que muerto el signo que lo ampara, hablar de homofobia también resulte anticuado y, sin dudas, ese es uno de los objetivos en la lucha contra la discriminación. Asimismo, cabe resaltar que la hostilidad hacia quienes integran minorías sexuales se estructura de modo similar al racismo.

El discurso racista requiere la identificación de seres abyectos, que forman el exterior constitutivo del campo de los "sujetos". La abyección implica literalmente arrojar fuera, desechar, excluir y, por lo tanto, supone y produce un terreno de acción desde el cual establecer la diferencia. "(Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 226).

En la causa "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia" (caso "Alitt"), la Corte Suprema precisó los límites a los derechos fundamentales y a los derechos humanos, en el marco del paradigma constitucional argentino (CSJN Fallos: 329:5266); citado en Andrés Gil Domínguez, ob. cit., p. 150.

Allí, el Cimero Tribunal manda resguardar y garantizar un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, y subrayó: "La protección de un valor rector como la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad que es requisito de una sociedad sana. La protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno."

En el mismo caso bisagra sostuvo: "El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del "derecho a ser diferente", pero no puede confundirse nunca con la "igualación", que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación mas completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales... Todos los preceptos del ordenamiento jurídico deben integrarse respetando los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo."

Nuestro máximo intérprete normativo puso de relieve en "Alitt", sobre el derecho humano a la intimidad, que: "El art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta nuestra Norma Fundamental."

En el caso "Sisnero, Mirtha G. y otras c. Taldelva SRL y otros s/ amparo", la CSJN (Fallos: 337:611) señaló: "Para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia."

Thomson Reuters

Tomando tales directrices, he de adherir a la doctrina que prescribe: "La tolerancia no basta para dejar de ver al otro como una amenaza latente, y no da cumplimiento con las altas exigencias igualitarias contenidas en nuestro marco constitucional. Si el derecho de las minorías sólo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana. El menosprecio de la sexualidad socava la autoestima y las capacidades expresivas y creativas necesarias para desarrollarse.

Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades. De lo que se trata es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predican como universales pero dejan a un grupo de personas excluidos de su goce." (Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 227).

Deviene pertinente en este punto transcribir los claros conceptos vertidos por Ariel Kaufman en su obra "Dignus Inter Pares": "Señalar a 1994 como el año que se le permitió a la Constitución abordar el tema antidiscriminatorio, es traicionar nuestra propia historia. Los países que dictan y aplican normas antidiscriminatorias, hacen mínima referencia a todos esos tratados internacionales; no porque no sean importantes, sino porque representan las obligaciones estatales de derecho internacional que no son imprescindibles para prohibir la discriminación en una sociedad. La antidiscriminación es tan importante que, una vez reconocido que ella es fundamental, no podemos ni debemos supeditar su existencia a la vigencia de un tratado internacional; no necesitamos firmar un tratado para sostener que la tortura es una conducta criminal, ya lo sabíamos, y tampoco necesitamos firmar un tratado para sostener que privar a alguien de la oportunidad de empleo, de vivienda o de estudio a causa de su sexo, raza, religión o color de piel es una acción ilegal e insoportable. Si los tratados internacionales también lo dicen, tanto mejor, probablemente a algunas naciones les haga falta que las otras les recuerden en qué consiste exactamente la dignidad del hombre y establezcan mecanismos concretos e instituciones de opinión e injerencia en los asuntos de los otros para asegurarse de que ciertos derechos fundamentales sean respetados. La Argentina debe formar parte activa de todos ellos, pero no con el objetivo primario de asegurarse su propio cumplimiento de esas normas, sino para reafirmar su compromiso internacional con la vigencia plena de la dignidad humana de todas las naciones, y llevar a las naciones menos desarrolladas en materia de derechos humanos a la senda correcta. Decir que el derecho a no ser discriminado nació con la ley 23.592 o con la Reforma Constitucional de 1994, es abdicar de significado mismo de nuestra propia Constitución y de nuestra propia tradición constitucional, desde nuestro propio origen como nación." (Gustavo Ariel Kaufman, "Dignus Inter Pares - Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 195).

"Para nosotros el plexo constitucional original de la antidiscriminación lo forman el Preámbulo y los artículos siguientes: 14, 16, 19, 20, 29 y 33. Todos ellos estaban vigentes antes de la reforma de 1994. La Reforma constituye el plexo constitucional complementario de la antidiscriminación..." (Gustavo Ariel Kaufman, ob. cit., p. 197).

En este claro sentido, reconocida doctrina nacional viene diciendo acerca de la identidad como derecho, en el marco de la teoría de la integridad de los derechos humanos, que un principio orientador es el de la norma más favorable a la persona, más conocido como el principio "pro hominis". Que es en ese contexto donde el derecho a la identidad ha adquirido y desarrollado su autonomía, cabiéndole una construcción propia. En otras palabras —afirman Gil Domínguez, Herrera y Famá—, si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna. Véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 708.

En la misma obra los citados autores han expresado que el principio pro homine constituye "...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinarias.." (Pinto, Mónica, "El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en "La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales", CELS y Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.167 y, de la misma autora, Temas de Derechos Humanos..., cit. p. 81; véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1166).

Thomson Reuters

Por tal razón, se dice bien que "Los límites a los derechos fundamentales y humanos (subjetivos y colectivos) provienen del propio sistema de derechos, y no de enunciados normativos infraconstitucionales, que invocados sin ningún basamento argumental imponen a una sociedad de diferentes una única visión de la sexualidad bajo el disfraz del discurso jurídico"; ver Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 239.

"El bien común no puede sufrir limitaciones que provengan de la "moral pública" entendida como los deseos de una mayoría coyuntural que no tiene en cuenta el sistema de derechos e intenta imponer criterios generales a todos los integrantes de la sociedad (generando de esta manera "cegueras axiológicas")". (Vease Sagüés, Néstor Pedro, "Derecho de asociarse, los fines útiles, la moral pública y el bien común", LA LEY, 2007-E, 651; citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 241.

Citando a Ferrajoli, la igualdad jurídica implica idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares sean entre sí diferentes. [Ferrajoli, Luigi, Derechos Fundamentales..., cit., ps. 79 a 82; véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1166).

Sólo bajo una democracia constitucional se pueden garantizar los derechos humanos, y sin derechos humanos no hay democracia constitucional. Como dice Tomuschat " la democracia es reconocida como la única forma legítima de gobierno... en su sesión de la primavera de 1999 la Comisión de Derechos Humanos (de la ONU) adoptó resaltando en particular una resolución (res 1999/57, 27/4/1999) que afirmó los principios básicos de una polis democrática, resaltando en particular la interconexión entre la forma democrática de gobierno y los derechos humanos al resaltar que " la democracia promueve la realización completa de todos los derechos humanos y viceversa". Un año después la Comisión expandió considerablemente el texto e incluyó casi todos lo derechos que son otorgados a los ciudadanos de un Estado Liberal... (y ese texto) encontró su camino hacia la Asamblea General (de la ONU), quien la...aprobó con modificaciones menores (GA res 55/96, 04/12/2000, Promoting and Consolitating Democracy") (Tomuschat, Chritian, Human Rights, 2 de, 2008, p 61); citado en Gustavo Ariel Kaufman, "Dignus Inter Pares - Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 163.

Como subraya Martínez Aguayo: "...cuando se discrimina se daña más que la dignidad de las personas afectadas, se quebrantan los pilares básicos de la democracia, la libertad y la igualdad...una sociedad no puede considerarse plenamente democrática, si no es capaz de ofrecer una protección efectiva de los derechos inalienables de la persona, toda vez que éstos constituyen los pilares insustituibles de cualquier democracia que se considere legítima.... En los hechos, las prácticas discriminatorias conducen, tarde o temprano, a limitaciones de las libertades fundamentales y a un tratamiento político y legal desigual hacia personas y grupos vulnerables. De manera equivalente, la ausencia de Derechos de la Persona y de igualdad legal y política se convierte en caldo de cultivo para la exclusión y el desprecio social" (Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, la Discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad, México DF, CCED, 2001, citada por Martínez Aguayo, María), cit. Gustavo Ariel Kaufman, "Dignus Inter Pares...", p. 163.

Asimismo de la misma tónica, Salazar Ugalde y Gutiérrez Rivas: "...lo que parece estar en juego cuando se debate el tema de la discriminación, son dos cuestiones. Por un lado, la dignidad de aquellas personas que son estigmatizadas con un perjuicio no justificado que las minusvalora, produciendo un daño individual grave, vinculado con la autoestima: Pero, por otro lado —y esto está relacionado con la dimensión estructural del problema—, también está en juego la posibilidad de construir una sociedad verdaderamente democrática; una sociedad de iguales, donde se anulen las diferencias injustificadas (privilegios) que sólo les permite a los grupos en posición de dominio ejercer su libertad (positiva y negativa) y acceder a bienes o intereses que son considerados indispensables para la vida digna. Una sociedad construida sobre la base de prácticas discriminatorias, es una sociedad en la que se excluye a determinados grupos (suelen ser amplios) cuyos integrantes no pueden acceder a la justicia, la salud, a la participación política, al voto, a la educación y... a espacios donde puedan expresar con libertad sus opiniones y exponer sus diferencias..." (Salazar Ugalde, Pedro - Gutiérrez Rivas, Rodrigo "El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación", documento publicado por CONAPRED, México DF, diciembre de 2007, p.51.) Gustavo Ariel Kaufman, "Dignus Inter Pares...", p. 164.

La democracia que no evoluciona en la dirección de la igual dignidad para todos, se anquilosa y retrocede, se hace vulnerable ("...los mecanismos de defensa que deben proteger a la sociedad de un regreso a la barbarie se vuelven cada vez más permeables a ataques e intrusiones", Kurnitzky, s.t, Una civilización incivilizada. El Imperio de la violencia en el mundo

Thomson Reuters

globalizado, México DF, 2002,P 101): la democracia que tolera pasivamente la discriminación humilla a los discriminados y deshonra a los discriminadores, todos ellos sufren una pérdida de dignidad (Como sostuvo la Corte Constitucional Sudafricana: "...las campanas suenan para todos, porque los costos sociales de la discriminación son insoportablemente altos no sólo para los individuos que la sufren, sino también para la esencia misma de la sociedad", National Coalition for Gay an Lesbian Equality c. Minister of Home Affair, 2002 2 SA1 CC); citado en Gustavo Ariel Kaufman, "Dignus Inter Pares - Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 177.

El ministro Lorenzetti, integrante de nuestro Cimero Tribunal, en el caso "Arriola, Sebastián y otros" (CSJN Fallos: 332:1963) realizó el siguiente aporte argumental en torno al contenido constitucional protegido del derecho a la intimidad (considerando 11): "...El art. 19 de la Constitución nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena (incluida la estatal). No se trata solo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres, sobre el estilo de vida que desea. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo tal, que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional".

Expresa el reconocido profesor de Derecho Constitucional, Andrés Gil Domínguez: "Cuando uno habla de la libertad de intimidad, encontrará que no está definido en un tratado o en una constitución qué es intimidad. ¿Para qué no está definido? Para que permita subsumir la totalidad de intimidades que existen en una sociedad heterogénea que está basada en el pluralismo y la tolerancia. El motor ideológico que asegura la convivencia pacífica mediante una Constitución en un Estado constitucional de derecho es el pluralismo y la tolerancia. Están conformados como mínimos de mínimos para asegurar la convivencia pacífica en sociedades de distintos" (Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 293).

Es dable arribar en el prístino marco conceptual de los derechos humanos a la dignidad, a la igualdad, intimidad y tolerancia ya transcriptos, y ahora con la mira otra vez puesta en el derecho humano a la identidad de género, la autorizada crítica al pensamiento biologista, binario masculino/femenino, realizada por Famá, Herrera y Gil Domínguez, quienes adhiriendo al pensamiento de Leticia Glocer Fiorini, expresan: "Hay un esencialismo biologista que brega por la diferencia biológica y anatómica como elemento fundamental; donde se sostiene que las categorías binarias de masculino-femenino son una consecuencia ineludible de datos previos del orden de la biología diferencial entre hombres y mujeres. De esta manera, se niega el deseo y se desconoce la historicidad de los conceptos sobre la diferencia sexual y su carácter de construcción. En este sentido, todo ser humano cuando nace es ubicado en uno de los dos campos: el femenino o el masculino. Sin embargo esta es una operación de la cultura que le otorga significación y carga simbólica a la diferencia sexual anatómica.

Pero la sociedad actual nos exhorta a recorrer senderos más sinuosos, superándose así la ontología heredada. En este camino, y en buena hora, donde nos enfrentamos a la categoría de la diferencia que, de manera directa o indirecta, se halla en la base de los enfoques teóricos más importantes de los últimos 30 años (Glocer Fiorini, Leticia, "Lo femenino y el pensamiento complejo, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2001, p. 132). En este andar nos tropezamos con nuevos y/o remozados elementos. Se trata de un escenario muy diferente, que no es ni puede serle ajeno al derecho. Es más, el derecho se ha visto conminado a recorrer ese camino, indagando —entre tantos otros dilemas— qué es la diferencia desde el plano jurídico. En otras palabras, se trata de vislumbrar cuáles son o qué es de los estereotipos culturales escondidos detrás de los discursos legales y judiciales." (Véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, ps. 1108/9).

"En este mismo sendero, y de manera perspicaz y clara, Eva Giberti (Giberti, Eva, Transgéneros. ¿psicopatológica y/o biológica?, Revista Actualidad Psicología, año XXIX, N° 320, junio 2004, p. 8), advierte que La aparición del término transgender proporcionó un lugar para quienes se sienten en otra dimensión diferente de la que abarca el binomio hombre-mujer. Describe a las personas que, al expresar su sentido de identidad, entran en conflicto con las normas de género según las convenciones contemporáneas que regulan los comportamientos de cada sociedad (..). Se trata de rescatar los meridianos sociopolíticos y éticos que permitan tornar visibles y parlantes los cuerpos y las voces de aquellas personas que operan en territorios que una mayoría considera ajenos (Glocier Fiorini, Leticia, "Lo femenino y el pensamiento complejo", Lugar Editorial, Buenos Aires, 2001, p. 142), citada en: Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1115).

Coherentemente con ello, en la actualidad, el concepto de transgénero, según lo destaca Giberti, "acoge a gays, lesbianas, hermafroditas, transexuales, travestis, andróginos, intersexuales, queers". Y agrega "El

Thomson Reuters

transgénero parece ir más allá de esta metafísica de los herméticos mediante la concepción de una sociedad en la cual sus miembros se construyan ajenos a la dicotomía femenino-masculino, proponiéndose como sujetos maleables por sí mismos" [Giberti, Eva, "Travestis, transgender y bioética" en Blanco, Luis G. (compilador), Bioética y Bioderecho, Universidad de Buenos Aires, 2002, p. 202; véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1116).

"Cabe señalar que para tal introspección, como así también para el consecuente debate, no se debe perder de vista que "La identidad sexual(...) constituye uno de los derechos reconocidos a todo ser humano por su condición de tal —art. 2° Convención Americana sobre los Derechos Humanos—, así como también un aspecto importante de la identidad personal, ya que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto" [Juz, de 1ª ins. En lo Ci. Y Com. 19ª Nominación, Córdoba, 18/09/2011 "M. L. G, LA LEY C, 2001-1313, JA, 2001-IV-465, LA LEY C, 2002-575 y LA LEY 2002-D, 607; citado en: Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1118).

Asimismo se destacó que el sexo no puede ser aprehendido por una realidad única, la cromosómica o genética, sino que debe ser tomado como un complejo. [citado por Rivera, Julio C., Transexualismo: Europa condena...", Autores y ob. cit., p. 917].

Para responder a estas inquietudes, no debe perderse de vista— coherentemente con el modelo estatal expresado— que el derecho debe impedir la intolerancia y el cierre a toda actitud de diálogo para preservar las propias certezas y convicciones a cualquier precio. En esta misma Línea, Giberti expresa "Reiterar que debemos fomentar la tolerancia y admitir el valor de las diferencias constituyen apreciaciones en las que redundamos desde que el multiculturalismo y comunitarismo abrieron un nuevo territorio para el debate y avanzaron hacia la revisión de los principios éticos, religiosos y políticos con los que tradicionalmente operó Occidente (Giberti, Eva, Página 12, 21/07/2001 en www.evagiberti.com; véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1168).

"La tolerancia es una pequeña virtud democrática indispensable en las sociedades modernas que presentan una pluralidad de minorías nacionales y agrupaciones religiosas. Tiene como condición la conciencia de la propia identidad y un sentido realista del propio valor. Sólo quien está seguro de su identidad y la reconoce como accidental está en condiciones de aceptar como legítimo todo lo extraño y diferente. Justamente no es sorprendente que las personas inseguras de su identidad cultural o nacional muestren tendencia hacia la intolerancia. La tolerancia no significa indiferencia hacia los demás, sino el reconocimiento de sus diferencias y del derecho a ser diferente. Es una actitud que implica una práctica cotidiana del individuo respecto del grupo social y de quienes gobiernan en relación al Parlamento y a la opinión pública. (Ver Fetscher, Iring, La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia. Panorama histórico y problemas actuales, p. 25, Gedisa Editorial, Barcelona, 1995. Ib., p. 14; Ib., p. 143. Ver op. cit. 142, p. 405) citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 165.

"La tolerancia positiva supone ir más lejos que la mera actitud de dejar hacer: es una posición que reclama la atención por la visión del otro, por sus valores, por su forma de entender el mundo. Es un aprendizaje moral que parte de la idea de que al comprender al diferente entendemos mejor nuestras propias convicciones y circunstancias. Supone que la reciprocidad social no sólo implica razones prudenciales, sino razones éticas que llevan a valorar la visión del otro como un igual. Implica un ejercicio de conocimiento, reflexión y crítica. Genera una actitud que significa que se puede aprender moralmente de los demás. Este planteamiento implica que quien ejerce la tolerancia positiva trata de situarse en la posición del otro. Al igual que la tolerancia negativa, tiene un límite preciso que se fija en las acciones que comportan daños a tercero. La tolerancia positiva se convierte en un ejercicio ético a partir de la alteridad. (Ver. ob. cit. 142, p. 411 y ss.), citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 166/167.

En el caso "Alitt", el máximo tribunal de la Nación tuvo oportunidad de señalar con claridad: "los tribunales incurren en un grave defecto cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, tal como lo es la coexistencia social pacífica. La preservación de ésta asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aún minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función por parte de los tribunales de justicia traería aparejado gravísimo riesgo de que solo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontrarían resguardo y, al mismo tiempo, determinarían el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a

Thomson Reuters

dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33 CN) y a las opciones éticas personales cuya autonomía reconoce el art. 19 de la Ley Suprema... El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del "derecho a ser diferente", pero no puede confundirse nunca con la "igualación", que es un ideal totalitario... El art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de los pensamientos y valores— y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta nuestra Norma Fundamental."

El Alto Tribunal afirma "Que tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la Asociación apelante no sólo sufren discriminación social, sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo", citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 219.

"La Corte Suprema garantiza el funcionamiento armónico de una sociedad caracterizada por demandas plurales. Y esta mirada y reconocimiento en el mundo de la Ley resulta fundamental para colectivos sociales con reivindicaciones históricas, como las minorías sexuales... puesto que sería sumamente contradictorio que la regla de reconocimiento constitucional argentina reconociera la titularidad de los derechos y a la vez negara las garantías necesarias para su pleno ejercicio." (Ver Casas, Laura J. y Espíndola, Alfredo Martín, "Derecho de asociación y bien común: A propósito del fallo Alitt". LA LEY 2007-A, 384; citado en Andrés Gil Domínguez, "Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 238.

Enfatiza Gil Domínguez, "En un Estado constitucional de derecho, una concepción del bien común (o fórmulas similares) situada por fuera de la regla de reconocimiento constitucional que remite exclusivamente a verdades absolutas colisiona frontalmente con sus postulados básicos, por cuanto desde el pluralismo se conjuga la libertad, lo social y lo solidario en un camino que se desarrolla a partir del respeto del plan de vida de cada persona. Establecer los contornos del bien común desde una postura abstracta, que a la vez se funda en una visión trascendente, conduce inexorablemente a un pensamiento único y homogéneo idéntico al expresado por el colectivismo. En la actualidad, el gran desafío es superar la idea de la existencia de una sola raza, religión, pensamiento político, cultura, orientación sexual, género, etc., que pueda prevalecer por sobre las demás en el plano de lo normativamente oponible y exigible. Tantas visiones como personas en busca de una convivencia armónica es lo que garantiza el modelo basado en la Constitución.(Gil Domínguez, Andrés, ob. cit. p. 239).

Afirma Lloveras: "La noción de diversidad sexual abarca toda forma de sexualidad que no sea la heterosexual (homosexualidad, trasvestismo, transexualismo, hermafroditismo, etc.) El transexual es una persona que, como tal, tiene derecho a su identidad (Lloveras, Nora y Orlandi, Olga: El derecho a la identidad civil del transexual, JA, 2001-IV-479, Lexis N° 03/008440). La categoría de transexual, desde una perspectiva médico-legal, es el sujeto "que siente, como algo que no le es propio, el sexo que le ha sido registralmente asignado." (Lloveras - Salomón "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 207).

Y agrega, "El transexualismo consiste en una definitiva disociación que se presenta en el sujeto entre lo biológico y su perfil psicosocial... Como señala Fernández Sessarego (Derecho a la identidad personal. Identidad sexual, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 287/288), en alusión a un importante antecedente jurisprudencial sobre un caso de intersexualidad, la premisa fundamental que debe regir el tratamiento ético jurídico del problema bajo análisis es el respeto a la dignidad humana, estando en juego en ella los derechos fundamentales, los cuales son reconocidos por las declaraciones universales, los pactos regionales, las constituciones de los estados, sus códigos civiles, valor en el cual se sustentan los derechos a la libertad, a la identidad, a la igualdad, a la salud." (Lloveras - Salomón "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 208/209).

"El derecho a la libertad se conforma por la libre decisión personal y consiguiente libre desarrollo de su propia personalidad de proyectar y desarrollar su vida de acuerdo a sus más íntimas decisiones frente a un estado de indefinición sexual. Precisamente el problema medular de un estado intersexsual —en palabras del modelo clásico— es el de carecer de una plena identidad, lo que crea una situación de incertidumbre, desasosiego, angustia, ya que no se logra ser

Thomson Reuters

lo que libremente se escogió ser." (Lloveras - Salomón "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 209).

Concluye Lloveras: "La decisión así tomada no será mas que la manifestación externa del regular ejercicio de una conducta autorreferente del sujeto, y por ello principio, exenta de la autoridad de los jueces (art. 19 Constitución nacional). La identidad del transexual —dentro de la diversidad sexual— debe ser contemplada por el derecho, proporcionando los mecanismos para que la elección de la persona pueda realizarse, dentro de los Derechos Humanos, y definir los caminos de su derecho a la identidad." (Lloveras - Salomón "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 211).

Como final, nos parece que la siguiente frase resume el punto de encuentros que comparten todas las tensiones bioéticas analizadas. Simplemente, se trata "...de reconocer al diferente, al 'otro,' no como un acto de caridad sino por la conciencia adquirida de que no puedo dar cuenta de mi identidad sin afirmar la diferencia del otro y custodiarla como una necesidad vital." [Barcellona, Pietro, citado en Ruiz, Alicia E.C., "Deconstrucción del sujeto y construcción de una nueva ciudadanía", Idas y vueltas por una teoría crítica de derecho..., cit., p. 76; véase Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 1169).

A la pregunta; qué es la identidad? Se puede responder: a) el intento de respuesta a la pregunta ¿quién soy?; b) la manera en que una persona puede agenciarse/adueñarse de quien es y qué siente más allá de su corporidad; c) una variedad de posibilidades de ser en el mundo como personas existen en el mundo... La sociedad asigna a cada persona un género al nacer, ese se asocia con estereotipos, roles y formas de expresión, las identidades van mucho más allá de lo genital, de lo biológico, la identidad está en permanente construcción y abarca ese dinamismo la visualización e identificación con alguna identidad de género, ya que no hay sólo dos géneros posibles. (ver contenidos en Canal Encuentro: http://encuentro.gob.ar/search/?keywords=%20identidad%20de%20g%C3%A9nero).

Parafraseando a Saramago, ya decían en el año 2006 Marisa Herrera, Victoria Famá y Andrés Gil Domínguez: "La identidad de una persona consiste, simplemente, en ser, y el no ser no puede ser negado. Presentar un papel que diga cómo nos llamamos y dónde y cuándo nacimos es tanto una obligación legal como una necesidad social. Nadie, verdaderamente, puede decir quién es, pero todos tenemos derecho de poder decir quiénes somos para los otros. Para eso sirven los papeles de identidad (...) La ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentalmente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida. (Saramago, José, "Sin papeles", "El Mundo" 04/12/1998); cit. en "El Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes", UNICEF, CIPPEC y Propuestas, Buenos Aires, 2003, p. 9.); ver Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, 2006, Buenos Aires, T° II, p. 703.

Meritúo sumamente relevante citar el claro pensamiento de Gil Domínguez: "Un modelo de sociedad democrática reconoce en la pluralidad de las identidades su savia cotidiana" (Andrés Gil Domínguez, Estado Constitucional de Derecho, psicoanálisis y sexualidad", Ediar, Buenos Aires, p. 240).

Así, el razonamiento seguido por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas en la Disposición bajo crítica y el dictamen jurídico que le sirve de basamento argumental normativo, se aparta sin justificación atendible y razonable de los fundamentos brindados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24/17 CIDH, del mes de noviembre de 2017, no aplica las claras disposiciones de los arts. 1, 3, 7.1, 11.2, 18, 24, 29 y cctes. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, normativa de jerarquía constitucional que los artículos 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación Argentina manda aplicar por formar parte del ordenamiento jurídico nacional, denominado indistintamente bloque constitucional o convencional.

La Ley provincial N° 887 debe ser interpretada en armonía con la Ley 26.743, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tomando en consideración las pautas de interpretación que brindan las recomendaciones, Observaciones y Opiniones Consultivas de sus órganos de aplicación, de acuerdo a sus competencias.

Se observa que el dictamen N° IF-2019-00091643-GDETDF-DGRCCP#MGJ del 18 de junio de 2019, citado en la Disposición administrativa N° DISPO-2019-69-E-GDETDF-DGRCCP#MGJ de fecha 19 de junio de 2019, se auto limitó a guiarse únicamente por lo que allí se auto define como "bloque normativo nacional y local", sin dar razones sobre su apartamiento injustificado a las pautas de interpretación que para todos los casos prevén los arts. 1° y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, omite considerar los Principios de Yogyakarta, soslaya contraargumentar los fundamentos de la Opinión Consultiva CIDH N°

Thomson Reuters

24/17 y sin explicación alguna, evita realizar nada menos que un ensayo argumental que considere lo prescripto por los arts. 1, 3, 7, 11, 18, 24 y 29 del Pacto de San José de Costa Rica, adoptando una interpretación que desconoce los precedentes que sobre control de Convencionalidad por los jueces y los órganos de la administración, viene realizando la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se observa también que toma una posición reñida con los derechos, principios y garantías constitucionales de dignidad de las personas, igualdad ante la ley, no discriminación, intimidad e identidad de género, al afirmar erróneamente: "que el ordenamiento jurídico vigente se encuentra sustentado en base al sistema binario mujer/varón o femenino-masculino, no contemplando al respecto en la actualidad el reconocimiento legal de otra clasificación."

El dictado de actos administrativos por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas provincial, basados exclusivamente en una mirada limitada a los conceptos mayormente contenidos en legislación interna, no contempla por regla general situaciones de vulnerabilidad. En tal sentido queda claro que las respuestas basadas en la ley provincial N° 887 y la asignación binaria del sexo en la identidad de las personas, no respeta garantías de derechos humanos que asisten a los ciudadanos, y en mayor grado a, grupos de colectivos que han sufrido históricamente discriminación y persecución, compuestos por personas afectadas por su vulnerabilidad social, económica, laboral y en sus derechos civiles y políticos.

El organismo provincial realiza una interpretación restrictiva, discriminatoria e inadmisible, por cuanto deviene incoherente sostener el derecho a la identidad de genero en los términos de la Ley Nacional N° 26.743 y negarla por la indefinición de una orientación sexual o asignación de sexo única, que de haber sido así autopercibida, dentro del modelo binario, tornaría abstracta la necesidad de obtener una nueva partida de nacimiento y documento nacional de identidad con identidad de género no binaria o mejor dicho, igualitaria.

En base a las razones esgrimidas corresponde hacer lugar a la demanda de amparo por discriminación interpuesta contra la Disposición DISPO-2019-69-E-GDETDF-DGRCCP#MGJ de fecha 19 de junio de 2019, por cuanto se objetan sus efectos por violatorios de garantías reconocidas por la Constitución Nacional y tratados internacionales de idéntica jerarquía.

La Disposición que denegó la petición efectuada para que se expida una nueva partida de nacimiento, dejando asentada su percepción de identidad de género no binaria/igualitaria, y el correspondiente documento nacional de identidad, incurre en discriminación por cuanto interfiere en el derecho a contar con documentación personal de la cual se compruebe su identidad de género no binaria, autopercibida, afecta los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, libertad y a vivir en comunidad de acuerdo a la identidad de género autopercibida, la cual no necesariamente debe identificarse con uno de los sexos.

6. En consecuencia, corresponde abordar lo atinente a la modificación del nombre en la partida de nacimiento de S. R. S.- Que el art. 15 de la Ley 26.413 prescribe que "Registrada una inscripción, la misma no podrá ser modificada sino en virtud de resolución o disposición de autoridad competente."

Por su parte, el art. 96 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prescribe que la rectificación de partidas se hace conforme a lo dispuesto en la legislación especial y el art. 84 de la Ley 26.413 edicta: "Las inscripciones solo podrán ser modificadas por orden judicial...En todos los casos, antes de dictar resolución, los jueces deberán dar vista a la dirección general que corresponda... con intervención del Ministerio Público."

Se sostiene sin hesitación que "El nombre se instala en la persona de manera permanente, acompañando el proceso de construcción de la identidad en el ámbito social (El desplazamiento del estado filial y su repercusión en el derecho a la identidad. La facultad concedida al hijo de continuar con el uso del apellido" LA LEY 2004-D, 635). ... En definitiva, sea que el nombre implique sólo la faz estática o también la dinámica, queda claro que entre nombre e identidad existe una relación inescindible. El nombre presenta algunos conflictos que deben ser señalados. Desde una mirada más profunda y compleja, Ciuro Caldani se refiere a la participación en la construcción del propio nombre como un derecho humano (Ciuro Caldani, Miguel Angel, "El derecho humano a participar en la construcción del nombre", JA, 2001-II-620). El autor mediante esta afirmación, intenta poner sobre el tapete, el debate más arduo —y pendiente— que propone el derecho al nombre: mantener el principio de inmutabilidad receptado en la Ley 18.248 o el ingreso del principio de la autonomía de la voluntad. Y al respecto, advierte que: Suele decirse que el nombre debe ser inmutable, mas sucede que una de las características de la vida— que no excluye la permanencia— es la mutación. Sin desconocer el deber de resguardar los intereses de terceros individuos y como integrantes de la sociedad, estimamos que una cultura de la libertad deber ser una cultura de la libertad del lenguaje y del nombre. La imposición puede ser un inaceptable aprisionamiento de la personalidad" (Ciuro Caldani, Miguel Á., "El derecho humano a participar en la construcción del nombre", JA, 2001-II-620, Autores cit. en "Derecho Constitucional de Familia", ps. 841/2).

Thomson Reuters

La petición incoada encuadra en lo prescripto por los art. 15 Ley 26.413 y art. 128 inc. a) y 133 de la Ley provincial N° 887, dado que los datos consignados en el acta de nacimiento y documentos de identidad adunados al proceso judicial, guardan coherencia y correspondencia entre sí y el Ministerio Público Fiscal no se opone a la rectificación registral solicitada.

En consecuencia, se torna procedente acceder a la rectificación del Acta de nacimiento de S. R. S., titular del DNI N° ..., nacido..., en cuanto al nombre de su madre S. L. S. B. (DNI N° ...).

7. Acerca de las costas del proceso, tomando en cuenta la forma en que se resuelve, se impondrán a cargo de la parte demandada, Provincia de Tierra del Fuego, sin advertir razones que ameriten no aplicar el principio de la derrota objetiva (at. 78.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En este punto corresponde regular los honorarios profesionales de los letrados de la parte actora, Dr. Joaquín Radice (MP ...) y Dra. Solange Verón (MP ...), por su actuación conjunta (art. 10LA), como letrados patrocinantes de S. L. S. B.

Tomando en cuenta la importancia, extensión y calidad de su labor, el resultado obtenido y la trascendencia del asunto para su cliente, que no se ha transitado período probatorio y el tiempo que ha insumido la tramitación, estando a las pautas de valoración contenidas en el art. 6 de la Ley 21.839, se estima equitativo regular sus honorarios en la suma de pesos ... ($ ...).

Por las razones expuestas resuelvo: I. Hacer lugar a la demanda de amparo por discriminación (art. 43 Constitución Nacional), a favor de S. L. S. B., titular del DNI N° ..., contra la Disposición DISPO-2019-69-E-GDETDF-DGRCCP#MGJ —de fecha 19 de junio de 2019—, del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego y ordenar que —en el plazo de cinco (5) días—, se expida desde dicha oficina registral, la nueva partida de nacimiento identificada con el N° ... F°... T°... año... del Registro Civil de Ushuaia, y un nuevo ejemplar del documento nacional de identidad, en los cuales conste el cambio de nombre de G. A. S. B., por el de S. L. S. B. —DNI N° ...— y en el casillero correspondiente al sexo, se haga constar "no binario/igualitario". Cúmplase el art. 10 Ley 26.743. (Conf. Arts. 1°, 2, 3, 6, 7, 12, 13 Ley 26.743; Arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y Arts. 1, 3, 7, 11, 13, 18, 24 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Líbrese Oficio. II. Ordenar la rectificación del acta de nacimiento de S. R. S., nacido el día... en la ciudad de..., para que se reemplace el nombre de su madre "G. A. S. B." por el de "S. L. S. B." —DNI N° ...—, Acta de Nacimiento N° ..., folio..., tomo..., año....Líbrese oficio. III. Imponer las costas del proceso a la parte demandada (art. 78.1 CPCCLRyM) por las razones expresadas en los considerandos. IV. Regular los honorarios profesionales de los abogados patrocinantes de la parte actora, Dr. Joaquín Radice y Dra. Solange Verón, de forma conjunta, en la suma de pesos ... ($ ...) (arts. 6, 10, 19, 36 y cctes. Ley 21.839). Regístrese. Notifíquese personalmente o mediante cédula. — *Alejandro Ferretto*.

Thomson Reuters

Reconocimiento de identidad de género "no binaria/igualitaria"

Comentario a partir de un fallo (*)

Gabriela Yuba (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Sobre el reconocimiento de la identidad de género no binaria/igualitaria como un derecho humano.— III. Sobre la construcción de ciudadanía y progresividad de los derechos.— IV. Palabras finales.

I. Introducción

Un fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Familia y Minoridad de Ushuaia hizo lugar al amparo por discriminación iniciado por la parte actora, contra la disposición del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de TDF que había denegado la petición de extender una nueva partida de nacimiento consignando la identidad de género *no binaria*. El Juzgado actuante ordenó que se expida nueva partida de nacimiento conforme su percepción de identidad de género y que en el casillero correspondiente al "sexo" se consigne, "no binario/igualitario".

Asimismo, ordenó la rectificación del acta de nacimiento del hijo de la parte actora, para que se reemplace el nombre de la madre por el elegido conforme su autopercepción.

La sentencia, a nuestro criterio, luego de un minucioso recorrido doctrinario, cuenta con un acabado fundamento normativo-constitucional y convencional.

Este fallo resulta novedoso, por ser el primer caso planteado en Tierra del Fuego, donde, en este caso, a través de la Justicia Provincial, se reconoce la identidad de género "no binaria/igualitaria" de una persona.

En el presente comentario, abordaremos dos aspectos que consideramos esenciales:

1. Reconocimiento de la identidad de género no binaria/igualitaria como un derecho humano.

2. Construcción de ciudadanía y progresividad de los derechos.

II. Sobre el reconocimiento de la identidad de género no binaria/igualitaria como un derecho humano

La denegatoria del Registro del Estado Civil de las Personas de Tierra del Fuego, acerca del pedido de una nueva partida de nacimiento, en cuanto dejar asentada la percepción de identidad de género *no binaria/igualitaria* de la parte

(*) Tribunal: Juzgado de 1a Instancia de Familia y Minoridad de Ushuaia (JFamilia y Minoridad Ushuaia), 16/12/2019, Partes: S. B., G. A. S. L. c. Registro de Estado Civil y de la Capacidad de las Personas s/ Amparo. La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/56336/2019.

(**) Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA y magíster en Minoridad, Universidad Notarial Argentina. Exjueza de Familia y Minoridad del Juzgado N.° 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Autora de numerosos artículos y comentarios sobre derecho de familia y juvenil. Coautora de libros sobre la temática y "Código Civil y Comercial comentado". Columnista jurídica en el programa radial "Mañanas Diferentes", LRA Radio Nacional Ushuaia y TV Pública Canal 11 Ushuaia, en "Código TDF". Miembro de la Red Mujeres para la Justicia. Representante por Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF (Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia). Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado, UCES, Ushuaia, Tierra del Fuego. Asesora legislativa.

Thomson Reuters

actora, motivó la acción de amparo por discriminación.

La sentencia dictada (que hace lugar a la acción planteada), constituye una herramienta fundamental en la realización de los derechos humanos y específicamente del derecho a la identidad de género. Cabe aclarar en este punto, que, si bien la ley 26.743 impone una *desjudicialización* de los pedidos de adecuación a la identidad de género, frente a la negativa en el ámbito administrativo, la intervención judicial deviene como un instrumento imprescindible, para garantizar la tutela definitiva del derecho vulnerado.

El dictado de la ley nacional 26.743 constituye un hito histórico en la lucha por el derecho a la igualdad y no discriminación.

El derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su identidad de género y al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género **(1)**, tiene un contenido constitucional e *ius fundamental* **(2)**

Así, la ley de identidad de género emerge como una garantía esencial que instrumentaliza un derecho humano y fundamental **(3)** para todas las personas, sin discriminación y en un pie de igualdad, para evitar justamente la discriminación sufrida históricamente por grupos invisibilizados por un *discurso jurídico hegemónico sostenido por la binareidad heterosexual* **(4)**.

Los principios de igualdad y no discriminación conforman un corpus que va más allá del respeto al otro: su reconocimiento legal específico importa un instrumento vital que contribuirá a la consolidación de un Estado de Derecho y a la construcción de la identidad de personas libres y plenas. La individualidad se reconoce en el otro, desde la dignidad.

Adquiere un sentido ético esa relación de "alteridad" en tanto escucha al otro, se lo respeta, se lo acepta desde su mismisidad. Y allí es donde cobran trascendencia los derechos humanos, en tanto se reconoce al otro como un ser digno que debe ser respetado como persona, valioso en sí mismo.

Libertad, igualdad, no discriminación, hacen a la *dignidad* de la persona, a su pleno desarrollo, a su potencialidad. El derecho de poder construir su proyecto de vida de acuerdo con sus deseos, sus creencias también generan responsabilidad desde esa relación de "alteridad".

El reconocimiento de la identidad de género "no binaria/igualitaria" constituye una cuestión de derechos humanos, que viene a romper el histórico sistema binario del género / sexo.

El sistema binario del género/sexo, entendido como el modelo social y cultural dominante en la cultura occidental, considera que el género y el sexo abarcan dos categorías rígidas: masculino/hombre y femenino/mujer **(5)**. Es decir, que solo se admiten esas dos categorías, quedando fuera de ese sistema aquellos que no se enmarcan en ellas, como por ejemplo las personas trans o intersex o aquellas personas que no se autoperciben ni como hombre o como mujer, como es lo planteado en este caso.

¿Por qué es una cuestión de derechos humanos, el reconocimiento de la identidad de *género no binaria/igualitaria*? Porque justamente se vincula con la autonomía y desarrollo personal, con el *empoderamiento de la persona*. Por su contenido personalísimo, el derecho de identidad de género involucra el derecho a la dignidad personal, el derecho a la libertad, no discriminación, a la vida privada, a la salud, al trabajo, a la integridad psicofísica, a la planificación y construcción de un proyecto de vida y a una adecuada calidad de vida **(6)**.

Y el derecho a la identidad de género, tal como está previsto en la ley 26.743 permite también identidades por fuera del criterio binario

(1) Art. 1°, ley 26.743.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Derecho a la no discriminación y ley de identidad de género". Suplemento Especial Identidad de Género y Muerte digna. Directora: Graciela Medina. Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012.

(3) Conf. cita ut supra.

(4) Conf. Gil DomÍnguez, citado ut supra.

(5) Glosario de la Corte IDH, en la OC 24/17 a título meramente ilustrativo.

(6) Conf. CADH (arts. 1.1, 5°, 11, 24, 29 inc. C); Declaración Universal Derechos Humanos (arts. 2°, 3°, 7°, 8°).

Thomson Reuters

de varón y mujer. Una interpretación en contrario llevaría al absurdo de reconocer el derecho a la identidad de género, por un lado, pero solo limitarlo al rígido sistema binario. En realidad, hay tantas identidades de géneros, como personas **(7)**.

La identidad de género no binaria/igualitaria, responde a la construcción de la personalidad, en un contexto de igualdad, de libertad y autodeterminación personal.

Así, la doctrina ha dicho: "... La Ley de Identidad de Género alteró esta mirada dogmática, develando el carácter social del sexo y reconociendo el aspecto performativo del género. Nuestra ley, por aplicación de la pauta hermenéutica del art. 13, tira abajo la presunción legal del binarismo socio sexual y cambia radicalmente el enfoque; la presunción legal en materia de sexo-género ahora es la pluralidad basada en la autodeterminación..." **(8)**.

Una interpretación integral de los arts. 1°, 2° y 13 de la ley 26.743 implica reconocer y garantizar a toda persona el derecho al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género, entendida como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento...", debiendo interpretarse y aplicarse las normas a favor del acceso al derecho a la identidad de género. (art. 13).

Y esa interpretación incluye el reconocimiento de la identidad no binaria/igualitaria.

La Corte IDH, en la OC- 24/17 **(9)** con relación a la identidad de género y sexual, reitera que "... la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada (supra párr. 87)...".

Para la Corte IDH, "...el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad..." **(10)**.

En el marco de los derechos humanos, el reconocer la identidad de género *no binaria/igualitaria* va más allá de la mera inscripción: se trata del *empoderamiento* de la persona en cuanto sujeto de derechos y de la seguridad jurídica que dicho reconocimiento implica.

Su falta de reconocimiento o el rechazo constituye un acto discriminatorio prohibido por la ley y norma convencional, debiendo garantizarse el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen social, posición económica o "cualquier otra condición social" (incluyendo aquí a la orientación sexual e identidad de género) **(11)**.

Por su parte, es dable recordar que la Corte IDH en la opinión consultiva OC 24/17 del 24 de noviembre de 2017 ha dicho que el cambio de nombre, la adecuación de imagen y rectificación de la mención del sexo o género en el documento de identidad o registro para que sea acorde a la identidad de género auto percibida, es un *derecho protegido por la CAHD.*

Y al ser una categoría protegida, los Estados no solo deben reconocerla, sino también tomar medidas de acción positiva para que ese reconocimiento sea real y concreto, que no sea solamente registral. Debe trascender el reconocimiento formal y ser "efectivamente real" para la persona. Esto supone que la persona pueda

(7) LAMM, Eleonora, en la conferencia Bioética, identidades y géneros. XXV Seminario Internacional de Bioética. Bodas de plata "Dimensiones globales de la Bioética".

(8) LITARDO, Emiliano. "Apuntes sobre cómo consignar el sexo desde la perspectiva de la ley 26.743". RDF, 89-117. Cita Online: AR/DOC/1269/2019.

(9) Opinión Consultiva OC-24/17 de 24/11/2017 solicitada por la República de Costa Rica: "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo". Párrafo 94, https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf, fecha de consulta: 1/5/2020

(10) Conforme cita anterior. Párrafo 95.

(11) GIL DOMÍNGUEZ, conf. anteriormente citada. Art. 2° PIDESC.

Thomson Reuters

modificar no solo el nombre, adecuado a su vivencia e identidad de género auto percibida, sino que además se inscriba conforme el sexo con el que se auto percibe.

Y en el marco de libertad y autodeterminación de la persona, se debe contemplar, que, si la persona no se auto percibe ni como hombre, ni como mujer, se debe reconocer como identidad de género no binaria **(12)**.

La OC 24/17 señala que la falta de consenso interno en los países sobre identidad de género, expresión de género, orientación sexual, no es argumento válido para restringir o negar derechos humanos o perpetuar la discriminación histórico-estructural que los grupos o personas han sufrido.

En definitiva: el derecho a la identidad de género es un derecho autónomo y un derecho humano en tanto constituye un derecho personalísimo vinculado estrechamente con la dignidad y libertad del ser humano.

III. Sobre la construcción de ciudadanía y progresividad de los derechos

Vinculado con el punto anterior, podemos afirmar que el reconocimiento de la identidad de modo amplio hace al ejercicio de la ciudadanía.

El reconocimiento de la identidad de género de manera integral y más allá del sistema binario, es esencial para la construcción de ciudadanía en tanto las personas, todas sin discriminación y en un pie de igualdad, son *sujetos de derechos*.

El ser sujeto de derechos, implica el reconocimiento por parte del Estado en pos de la seguridad jurídica, de la identidad de las personas (y específicamente de la identidad de género) como uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos de la personalidad jurídica, el derecho al nombre, a la nacionalidad, inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros DDHH. De manera que, la falta de reconocimiento trae aparejado que la persona no cuente con la constancia legal de su existencia, dificultando y afectando el ejercicio pleno de sus derechos **(13)**. El Estado debe entonces disponer de medidas de acción positiva para garantizar la promoción y ejercicio de los DDHH **(14)**.

Cuando hablamos de construcción de ciudadanía, ello no es acotado al plano político-institucional, sino que apunta a la esencia de la persona (cualquiera sea la identidad de género con la que se autoperciba) como sujeto de derechos que interactúa y forma parte de una sociedad, que en términos igualitarios debe respetar y promover el derecho a la libertad, el respeto del derecho a la vida privada, a la autodeterminación de su personalidad, pudiendo a partir del reconocimiento de la identidad de género no binaria/igualitaria, contar con el instrumento legal para el ejercicio pleno de sus derechos **(15)**.

Y ese reconocimiento, como refiere la Corte IDH, fortalece la democracia en términos de derechos humanos, permitiendo la construcción de una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía, facilitando la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades.

Garantizar la coexistencia en una sociedad de individuos con distintas identidades conforme su autodeterminación es una obligación del Estado, debiendo asegurar que todas las personas puedan vivir y desarrollarse con dignidad.

La garantía y promoción de los DDHH es extensiva a todas las personas y ello incluye a aquellas cuya identidad de género es diferente a la asociada con el sexo que les fue asignado al nacer e incluso de la que se aparta del sistema binario. Caso contrario, estaríamos promoviendo y perpetuando esquemas discriminatorios, afectando la dignidad de las personas.

De modo que la construcción de ciudadanía se vincula con el respeto de la autonomía per-

(12) Lo resaltado me pertenece.

(13) Opinión Consultiva OC-24/17 de 24/11/2017 solicitada por la República de Costa Rica: "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo". Párrafo 98, https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf, fecha de consulta: 1/5/2020.

(14) Conf. OC24/17 Corte IDH.

(15) Idem cita anterior, párrafos 98/99.

Thomson Reuters

sonal, elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, protegido por la CADH **(16)**, ligado al respeto del derecho a la vida privada, autodeterminación y a elegir libremente las opciones y circunstancias de la vida que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias convicciones **(17)**.

Y esa libre autodeterminación, en modo alguno puede afectar el ejercicio de otros derechos.

Los argumentos de que la elección de una identidad de género no binaria impactaría en distintos ámbitos, como el previsional, laboral, electoral, registral, penitenciario, no es sino profundizar la discriminación y arbitrariedad, afectando a la aspiración igualitaria de la sociedad como paradigma de realización plena de DDHH.

Debemos tener presente que la progresividad de los derechos no trae aparejada la restricción de otros, debiendo el Estado superar las dicotomías y clasificaciones que justamente constituyen obstáculos para la igualdad plena de los derechos desde un enfoque de derechos humanos.

La democratización de los derechos se empalma con la progresividad de los derechos y supone superar la barrera del sistema binario del género/sexo y toda otra categorización sobre dicha base, ya que estaríamos reproduciendo esquemas o categorizaciones que en definitiva perpetúan desigualdad, discriminación y arbitrariedad **(18)**.

La identificación de la persona, consignando el sexo, como categoría jurídica, resulta pues, desde un enfoque de derechos humanos, absolutamente irrelevante y arbitrario, como lo es consignar el color de la piel **(19)**, talla, características físicas.

IV. Palabras finales

La judicialización del reclamo de la actora devino necesaria para componer el derecho vulnerado en este caso concreto.

La sentencia objeto de este comentario ha efectuado una adecuada y justa interpretación sobre el derecho a la identidad de género como derecho humano, que permite la realización de la persona en su integralidad, desde el enfoque de derechos humanos.

"...Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales..." **(20)**.

(16) OC -24/17 CORTE IDH, párr. 100.

(17) Conf. cita anterior.

(18) Compartiendo línea de opinión de LAMM, Eleonora, en la conferencia Bioética, identidades y géneros. XXV Seminario Internacional de Bioética. Bodas de plata "Dimensiones globales de la Bioética

(19) Conf. LAMM, E., https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf

(20) https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf, Fecha de consulta: 1/05/2020.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

VIOLENCIAS

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Violencia de género y COVID-19: una mezcla doblemente letal para las mujeres

Noelia A. Barrios Colman

Sumario: I. Femicidio y pandemia.— II. Números que duelen. Datos que arrojan los observatorios de violencia.— III. Acciones presentes y preocupaciones futuras.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía consultada.

I. Femicidio y pandemia

El femicidio es la expresión última y más cruel del desprecio violento del patriarcado y su machismo exacerbado contra las mujeres. La ley 26.485 en su art. 4° establece que la violencia contra la mujer se relaciona con toda conducta, activa u omitiva, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Comprende también las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Por su parte el Cód. Penal argentino no habla expresamente del femicidio como delito autónomo, sino que lo que se conoce socialmente como femicidio fue la incorporación por reforma legislativa en el año 2012 donde se lo estableció como un agravante del delito de homicidio (cuando sea cometido por un hombre a una mujer y mediare violencia de género).

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) elaboró una Declaración de Femicidio, donde refirió: "Los femicidios son la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión" **(1)**.

El libro *Por Ellas... 5 años de Informes de Femicidios*, editado y publicado por la Asociación Civil La Casa del Encuentro en el año 2013, titula su cap. 4 así: "Pandemia global, abordaje regional". Sostiene que la extensión y sistematicidad de los femicidios lo posicionan como una de las principales amenazas no solo a la paz social, sino también al desarrollo y bienestar integral de los pueblos. El sitio web de Noticias ONU titula: "La ONU y Argentina luchan con la otra pandemia del coronavirus, la violencia de género" **(2)**. Si bien la definición técnica de pandemia se vincula con la propagación mundial de una nueva enfermedad con alto grado de infectabilidad y un fácil traslado y; el femicidio —como se indicó— es el agravante del delito de homicidio, el emparentamiento con la muerte es lo que los cruza: en 2019 hubo una víctima de violencia machista cada 31 horas. El contexto actual muestra las terribles consecuencias que acontecen cuando se mezcla la violencia sistemática contra las mujeres con una emergencia sanitaria global sin precedentes como es la pandemia del COVID-19.

(1) Declaración sobre el Femicidio aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008.

(2) Disponible en: https://news.un.org/es/story/2020/04/14.73082

Thomson Reuters

Incluso antes de que existiera el COVID-19 la violencia doméstica ya era una de las violaciones de los derechos humanos más flagrantes. En los últimos 12 meses, 243 millones de mujeres y niñas (de edades entre 15 y 49 años) de todo el mundo han sufrido violencia sexual o física por parte de un compañero sentimental **(3)**.

Desde que comenzó el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional a través del dec. 297/2020 —y sus posteriores renovaciones— por la pandemia del COVID-19, muchas mujeres comenzaron a ver comprometida su subsistencia e integridad física, psíquica y moral al compartir la vivienda con su agresor a tiempo completo. Encierro, aislamiento, estrés económico y ansiedad se constituyen como un cóctel que exacerba la violencia de género y los datos actuales dan cuenta de ello.

ONU Mujeres señala también que actualmente hay 90 países en situación de confinamiento y 4000 millones de personas refugiándose en sus hogares. El hogar, aquel lugar de seguridad y protección, se constituye para las mujeres en situación de violencia en un espacio de alto riesgo. Del análisis de datos realizado por el Observatorio de Femicidios en Argentina "Adriana Marisel Zambrano" **(4)**, se desprende que el 70% de los femicidios se cometieron en el domicilio de la víctima, en su hogar. Este hogar que compartía o compartió con el femicida, o un nuevo hogar donde ella intentó construir un nuevo proyecto de vida **(5)**.

La Directora Ejecutiva de ONU Mujeres señaló: "Las circunstancias actuales complican todavía más la posibilidad de denunciar, lo cual incluye las limitaciones de las mujeres y las niñas para acceder a teléfonos y líneas de atención y la alteración de servicios públicos como la policía, la justicia y los servicios sociales" **(6)**. En los países que no adaptaron los accesos y servicios de ayuda para mujeres víctimas de violencia las denuncias disminuyeron por esa razón.

El lunes 20 de abril del corriente, en la conferencia de prensa de la Secretaría de Políticas contra las Violencias por Razones de Género de la Nación, se informó que desde el inicio de la cuarentena se registró un aumento del 39% en los llamados a la línea 144 **(7)**. Por otra parte, el referido Observatorio de Femicidios en Argentina publicó sus números: desde que inició el aislamiento hasta el día 16 de abril de 2020 se registraron 21 femicidios de mujeres y niñas. El 60% de los femicidas fueron pareja o expareja. A estos números hay que agregarle 2 travesticidios, ya que no debe ignorarse que la cuarentena compromete también los sectores de la diversidad sexual.

II. Números que duelen. Datos que arrojan los observatorios de violencia

El observatorio "Adriana Marisel Zambrano" refirió que una de cada cinco de las mujeres asesinadas en este período de aislamiento había efectuado al menos una denuncia previa por violencia de género **(8)**.

Por su parte, el observatorio de las violencias "Ahora que sí nos ven" compartió que en el año 2019 hubo 327 femicidios, de los cuales un 46% tenía denuncia previa. Este mismo organismo publicó los resultados de su relevamiento en el período desde el 1 de enero de 2020 hasta el 30 de marzo de 2020: de 86 femicidios (11 en la Provincia de Santa Fe) 22 de esas mujeres habían

(3) Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra. Declaración de Phumzile Mlambo - Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres. 6/4/2020.

(4) Lleva el nombre de Adriana Marisel Zambrano quien fue víctima de femicidio en el año 2008 por su expareja, (que recibió una condena a solo cinco años de prisión efectiva) como homenaje a todas las mujeres a quienes le arrebataron la vida y a todas las familias que siguen reclamando justicia.

(5) "Por ellas, 5 años de informes de femicidios". Observatorio de Femicidios en Argentina "Adriana Marisel Zambrano". Editado y publicado por la Asociación Civil La Casa del Encuentro, noviembre de 2013, p. 61.

(6) Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra. Declaración de Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, 6/04/2020.

(7) Esta línea brinda atención, contención y asesoramiento en situaciones de violencia por razones de género.

(8) Es necesario destacar que la medición de la violencia no es algo sencillo. En este trabajo se citan resultados de distintos observatorios que utilizan distintas metodología y fuentes, pero todo con el fin de contribuir a repensar la situación actual que nos atraviesa.

Thomson Reuters

denunciado previamente (lo que equivale a un 25,6%) y 7 de ellas tenían medida judicial.

Estas estadísticas abren dos dilemas: por un lado, dejan entrever que la respuesta estatal no es efectiva ya que en muchos casos aun existiendo denuncias previas se terminaron concretando los femicidios. Por otro lado, es alarmante el bajo porcentaje de denuncias por violencia de género realizadas. Lo que esto pone en evidencia es que para muchas mujeres activar los mecanismos policiales y/o judiciales no es una opción. Ambas cuestiones son muy preocupantes. En este escenario, donde las probabilidades de sufrir violencia se ven aumentadas por el encierro, la convivencia con el agresor se constituye como un obstáculo para denunciar y hay que repensar urgente las barreras que excluyen a las mujeres de los mecanismos de protección.

Según el "Primer estudio nacional sobre violencias contra la mujer" **(9)**, el 61% de las mujeres víctimas de violencia por su pareja actual o anterior no dio aviso del hecho a la policía o a las autoridades. Al ser preguntadas sobre el por qué tomaron esa decisión las respuestas fueron:

- lo resolvió por sí misma, por un amigo/a o familiar;

- miedo al agresor o a las represalias;

- por haber sido un hecho menor/no suficientemente grave;

- la policía no hubiera hecho nada;

- vergüenza/creer que es culpable;

- la policía no podría haber hecho nada;

- no le creerían;

- no quería que arresten al agresor;

- no quería que nadie se enterase **(10)**.

(9) En este caso entrevistaron a mujeres seleccionadas aleatoriamente y las encuestaron por teléfono (bajo el sistema CATI) a partir del período mayo-julio de 2015 y definieron una muestra nacional de 1200 casos.

(10) Primer estudio nacional sobre violencias contra la mujer. Basado en la International Violence Against Women Survey (IVAWS). Ediciones SAIJ, 2017, ps. 103/104.

Como puede verse, múltiples son los motivos que desembocan en la no denuncia. Un gran factor tiene que ver con la concepción de que lo que ocurre en la familia es privado. Un estudio realizado hace veinte años atrás por la Organización Panamericana de la Salud y el Programa Mujer, Salud y Desarrollo (que analizó la ruta crítica de las mujeres afectadas por violencia intrafamiliar en América Latina) señaló al respecto que tanto la institución de la familia como la del matrimonio, ofrecen una gran resistencia a la intervención externa ya que aquella está protegida por una cultura que la valora como un espacio de tranquilidad e intimidad. Cuando el espacio de la familia se torna un lugar violento lo que ocurre con mucha frecuencia es que las mujeres sienten vergüenza de mostrarlo hacia afuera y hasta llegan a sentirse responsables por no poder mantener la imagen idealizada. Ello así porque los lazos de sangre y la institución de la familia tienen un enorme peso simbólico en la sociedad y están atravesados por diversos mandatos como el deber y la obediencia.

Otro gran factor que se vincula con la ausencia de denuncia tiene que ver con el desconocimiento de los derechos y la falta de información. Muchas mujeres son más reacias a considerar un incidente violento (sexual o físico) como un delito cuando este fue perpetrado por un íntimo o un conocido en vez de por un extraño. Es poco probable que reporten el incidente las víctimas que no consideran la violencia como un acto grave o un delito **(11)**. Máxime si creen que el hecho no fue lo suficientemente grave (p. ej., al no haberle dejado lesiones físicas visibles).

También se suman como obstáculos la inseguridad económica y la falta de recursos. Muchas mujeres no cuentan con soluciones habitacionales alternativas o ingresos mínimos para sostenerse a ellas y —en muchos casos a sus hijos e hijas.

No pueden obviarse de este análisis tampoco, las muchas veces que las instituciones brindan respuestas inadecuadas cuando las mujeres se empoderan y deciden activar esos canales. Reticencias para tomar las denuncias, revictimización, falta de confidencialidad y de información precisa terminan siendo factores inhibidores

(11) Ídem, p. 97.

Thomson Reuters

que alejan a las mujeres del sistema y generan en ellas una convicción de que este no está a la altura de su realidad. El estudio referido que analizó la ruta crítica **(12)** de las mujeres afectadas por violencia, refuerza la idea de que la decisión más difícil es la de acudir a cualquiera de las instancias del sistema policial o judicial, ya que es el momento en que las mujeres comprenden que su problema no pertenece más al ámbito privado. No obstante, como desde hace años se viene sosteniendo, la libertad y la seguridad de las mujeres no son cuestiones privadas. La realidad nos demuestra que muchas de las que solicitan ayuda institucional lo hacen porque traen un recorrido de apoyo en su familia, amigos y amigas o instituciones de la sociedad que trabajan la temática. Es por ello sumamente necesario repensar los mecanismos disponibles para que estén a la altura y puedan realmente resguardar la vida y la integridad de las mujeres ya que una mujer que toca la puerta del Estado ha sorteado muchos obstáculos para poder llegar a ese lugar.

III. Acciones presentes y preocupaciones futuras

Los y las representantes de organismos internacionales que trabajan en temas de violencias de género han advertido a través de comunicados y entrevistas su gran preocupación por la situación en estudio. Ello así porque el estado de incertidumbre respecto del COVID-19, y toda vez que de momento el remedio más efectivo para combatirlo es el aislamiento (que no se sabe hasta cuándo se extenderá) agrava la situación de exposición de las mujeres. Ante esta compleja situación la adopción de políticas públicas es imprescindible, estas deben respaldarse y financiarse para que puedan mantenerse en el largo plazo.

Es importante destacar que la región de Las Américas además de ser la región más desigual del planeta se caracteriza por los altos índices de violencia generalizada y especialmente violencia por razones de género, raza o etnia que posee. Por tal motivo la pandemia supone desafíos mayores para los Estados miembro, tanto en términos de políticas y medidas sanitarias como en capacidades económicas que permitan poner en marcha medidas de atención y contención que resultan urgentes y necesarias para proteger efectivamente a sus poblaciones, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos **(13)**.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia. Enfatizó que deben fortalecerse los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual, en el contexto de confinamiento. Así, deben reformularse los mecanismos tradicionales de respuesta, adoptando canales alternativos de comunicación y fortaleciendo las redes comunitarias para ampliar los medios de denuncia y órdenes de protección en el marco del periodo de confinamiento **(14)**.

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo lanzó acciones y lecciones claves para garantizar que la prestación de servicios de asistencia contra la violencia contra las mujeres continúe operando y respondiendo a las necesidades cambiantes en contextos de emergencia. Organizaron las acciones en tres categorías, a saber:

1. reducir y mitigar casos: recomienda medidas preventivas para disminuir riesgos;

2. promover la resiliencia a través de la prestación efectiva de servicios: proporciona acciones concretas para garantizar la calidad y la continuidad efectiva de los servicios durante la crisis;

3. ayuda en la recuperación y preparación para futuros desastres: ofrece consideraciones para prepararse para el escenario posterior a la crisis **(15)**.

(12) La ruta crítica es un proceso que se construye a partir de la secuencia de decisiones tomadas y acciones ejecutadas por las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar y las respuestas encontradas en su búsqueda de soluciones. MONTSERRAT SAGOT: "Ruta Crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina (estudios de casos de diez países)". Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo. Agosto de 2000.

(13) Pandemia y Derechos Humanos. Res. 1/2020. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 10/04/2020, p. 3.

(14) Ídem, p. 17.

(15) Violencia contra las mujeres (VCM) en el contexto de COVID-19. Lecciones y herramientas para América

Thomson Reuters

Las acciones y lecciones se presentaron como un amplio abanico de posibilidades que van desde aumentar la concientización del aumento de los riesgos de la violencia contra la mujer, sensibilizar a los trabajadores de salud y otros trabajadores de primera línea sobre la identificación y derivación de situaciones de violencia, hasta financiar investigaciones sobre las implicancias del género en las emergencias de salud pública.

En nuestro país, el Estado viene haciéndose eco de esta triste realidad. El 18 de abril del corriente, la decisión administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros agregó nuevas excepciones al cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio, refiriendo en su art. 1, inc. 9) que los establecimientos para la atención de personas víctimas de violencia de género estarían exceptuados. Esta decisión es muy importante ya que las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en género se constituyen como un soporte de contención y acompañamiento para muchas mujeres. Sobre todo, si se considera la disminución de los servicios de asistencia en donde se desviaron muchos de sus recursos para enfrentar la crisis sanitaria actual.

El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación ha tomado diversas medidas en lo que va desde el inicio de esta cuarentena, entre ellas: reforzaron la atención de la línea 144 con más personal y recursos tecnológicos, gestionaron alojamientos para personas en situación de violencias por motivos de género, incorporaron a mujeres víctimas de violencia por motivos de género al programa "hacemos futuro", asisten a personas en situación de violencia de género en farmacias **(16)** de todo el país, crearon de la mesa interministerial contra los femicidios, travesticidios y transfemicidios, pusieron en funciones la Nueva Dirección de Articulación Territorial para Asistencia a la Víctima, incorporaron a las personas trans a programas sociales, gestionaron excepciones al aislamiento para pedir asistencia o denunciar, lanzaron el plan de participación virtual hacia el Plan Nacional de Acción contra las Violencias por motivos de género, implementaron la guía de recomendaciones para gobiernos provinciales y municipales en materia de derechos de mujeres y personas LGBTIQ+, conformaron de un comité de seguimiento de la situación de las mujeres y personas LGBTIQ+ en situación de violencias con motivos de género, crearon la campaña #cuarentenaenredes, entre otras **(17)**.

En la Provincia de Santa Fe, en primer lugar a través de la instrucción general 001, la Procuración General de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia dispuso que las medidas cautelares adoptadas (prohibición de acercamiento u otras) dispuestas por los Tribunales y Juzgados de Familia en protección a las víctimas de violencia de género, deberán mantenerse durante todo el término de duración previsto por la acordada 8 del 16/03/2020 (como así también durante las eventuales prórrogas), sin necesidad de renovación. Asimismo, para denunciar violencia de género durante el aislamiento se habilitaron nuevos canales de comunicación (llamada, mensaje de texto, WhatsApp, mail y página web) a través de los cuales se denuncia y se informan las prohibiciones de acercamiento a la autoridad policial, simplificando el proceso presencial que se realizaba con anterioridad **(18)**.

IV. Conclusiones

- Si se tiene en cuenta que antes de la pandemia la violencia de género ya era una de las violaciones a los derechos humanos más manifiestas, no es desmesurado afirmar que el confinamiento de las mujeres en el mismo lugar donde se encuentra el agresor a tiempo completo es doblemente letal.

- Si consideramos que existe un gran porcentaje de mujeres y disidencias que no denuncian, es imprescindible arbitrar medios eficaces para que todas puedan acceder a los servicios de ayuda. Estos medios deben tener en cuenta que hay sectores en situación de vulnerabilidad so-

Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo, marzo de 2020, p. 1.

(16) A través de la iniciativa "Barbijo Rojo", se distribuyó una guía de actuación con pautas y criterios para que los y las farmacéuticas puedan actuar ante la solicitud de personas en situación de violencia por motivos de género frente a la dificultad de las personas que en la cuarentena conviven con sus agresores.

(17) https://www.argentina.gob.ar/generos/medidas-en-materia-de-genero-y-diversidad-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria.

(18) Instrucción General 003/2020 de la Procuración Gral. de la CS de Santa Fe.

Thomson Reuters

cial donde el acceso a la tecnología es menor o casi nulo.

- Debe concientizarse sobre los tipos de violencia, ya vimos cómo muchas mujeres miden el nivel de gravedad de las lesiones para evaluar si corresponde denunciar o no.

- Debe circular información real y de calidad, en tiempos de altos niveles de *fake news* es importante que la información reúna esas características.

- Las instituciones —tanto públicas como privadas— tienen que estar preparadas y capacitadas permanentemente en cuestiones de género.

- La violencia en contextos de pandemia se ve atravesada por otros factores que complejizan aún más la situación de las mujeres, p. ej., la sobrecarga en las tareas de cuidado en sus hogares: asistencia en tareas escolares de los hijos e hijas, limpieza de la casa, cuidado de niños y niñas, preparación de comidas y en muchos casos también su trabajo de manera remota.

V. Bibliografía consultada

Asociación Civil Casa del Encuentro: "Por Ellas. 5 años de Informes de Femicidios". Noviembre de 2013.

Banco Interamericano de Desarrollo: "Violencia contra las mujeres (VCM) en el contexto de COVID-19. Lecciones y herramientas para América Latina y El Caribe". Marzo de 2020. Disponible en: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-10.43693.673-41.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas". Res. 1/2020. 10 de abril de 2020. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf.

"Hubo 11 femicidios hasta marzo en Santa Fe". Disponible en: https://periodicas.com.ar/2020/04/02/hubo-11-femicidios-hasta-marzo-en-santa-fe/

Instituto Provincial de Estadísticas y Censos y Observatorio de Seguridad Pública: "Registros de Violencias de Género en contexto de aislamiento social obligatorio" (del 20 al 31 de marzo 2020) Santa Fe - Rosario. Santa Fe, abril de 2020. Disponible en: http://www.estadisticasantafe.gob.ar/wp-content/uploads/sites/24/2020/04/Violencia-de-Genero.pdf.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina: "Primer estudio nacional sobre violencias contra la mujer: Basado en la *International Violence Against Women Survey (IVAWS)*". Ediciones SAIJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

MONTSERRAT SAGOT, "Ruta Crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina (estudios de casos de diez países)". Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo. Agosto de 2000.

Observatorio de las Violencias de Género: "Ahora que sí nos ven". Registro Nacional de Femicidios 2019. Disponible en: https://feminacida.com.ar/un-nuevo-observatorio-publico-de-la-violencia-de-genero/.

Observatorio Mumala "Mujeres, Disidencias, Derechos". Registro Nacional de Femicidios del 1 de enero al 31 de enero de 2020. Disponible en: http://www.unidiversidad.com.ar/en-argentina-se-produjo-un-femicidio-cada-35-horas-en-lo-que-va-del-ano.

Oficina de Violencia Doméstica. CS, "Violencia en las relaciones de pareja: Mujeres afectadas". Primer Semestre 2019. Disponible en: http://www.ovd.gov.ar/ovd/noticias.do?method=iniciar&idTema=114.

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Mujeres. "Declaración sobre Femicidio". Washington, D. C. agosto de 2008.

PHUMZILE MLAMBO — NGCUKA, "Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra". 6/04/2020. Disponible en: https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic.

Thomson Reuters

La violencia intrafamiliar en tiempos de pandemia COVID-19

María Florencia Puentes (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El efecto del DNU 297/2020 en el ámbito de la violencia intrafamiliar.— III. Medidas de protección existentes y el uso de medios alternativos para denunciar en época de ASPO.— IV. Violencia económica. Su agravamiento en contexto de cuarentena.— V. Conclusiones. Principio de solidaridad.

I. Introducción

Sabido es que la violencia intrafamiliar es un flagelo en nuestra sociedad. Pero en la última década, el aumento exponencial de casos y la visibilización de dicha problemática, han sido motivo de implementación legislación y políticas públicas concretas tendientes a prevenir y morigerar sus consecuencias. Dentro de esa normativa incluimos las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, en la Constitución de la provincia de Buenos Aires y en las Convenciones y Pactos Internacionales.

La recepción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y de lucha contra la violencia en todas sus formas fueron receptados al amparo del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna, cuya reforma fue a sancionada en el año 1994. Otorgando jerarquía constitucional a las Convenciones y Pactos Internacionales que tienden a prevenir de manera directa e indirecta los hechos de violencia en el seno de la familia, a preservar a sus miembros —en especial a niños, mujeres, discapacitados y ancianos— de la violencia física o psíquica a que suelen ser sometidos por inadaptados sociales y, en general a condenar todas las manifestaciones de agresión dentro del grupo familiar.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en Bogotá, Colombia, en la Novena Conferencia Internacional Americana, año 1948); la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) suscripto por Argentina en 1969 y receptado por ley 23.054; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abierto a la firma en Nueva York en 1966, y aprobado por la República Argentina por ley 23.313; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en Nueva York en 1967 y aprobada por decreto ley 17.722; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y por la República Argentina por ley 23.179; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y aprobada por la República Argentina por ley 23.849 **(1)**.

En los ámbitos nacional y provincial existen instrumentos diseñados para afrontar y luchar contra la violencia intrafamiliar, que a su vez se distingue si tiene o no componentes de género.

Así, la ley nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en su art. 4° define por "violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de po-

(*) Abogada UBA especializada en Derecho de Familia. Profesora auxiliar de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

(1) http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf00.0107-suares-proteccion_constitucional_contra_violencia.htm.

Thomson Reuters

der, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal...".

El art. 5° distingue los tipos de violencia contra la mujer que quedan comprendidos: 1) física: todo maltrato o agresión que afecta la integridad física (ej.: empujones, golpes, ahorcamiento); 2) psicológica: todo daño emocional tendiente a disminuir la autoestima perjudicando el pleno desarrollo personal (ej.: control sobre las acciones y creencias mediante manipulación, acoso, amenaza, vigilancia y aislamiento); 3) sexual: toda acción que implique la vulneración, en todas sus formas, a decidir voluntariamente sobre el derecho a la vida sexual o reproductiva de la mujer (ej.: coerción, uso de la fuerza, abuso sexual, impedir el acceso a métodos anticonceptivos); 4) económica y patrimonial: la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer (ej.: no poder disponer del sueldo; rotura de bienes personales); 5) simbólica: la que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad (ej.: a través de medios televisivos o *shows* donde se sexualiza a la mujer como objeto de placer para el hombre).

Por otro lado, sin contenido de género, la ley nacional 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar establece en su art. 1° que "toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho".

Esta ley se refiere a lesiones, maltrato físico y psicológico de cualquier miembro de la familia.

Por otra parte, en la provincia de Buenos Aires la ley 12.569 de Violencia Familiar define en su art. 1°: "A los efectos de la aplicación de la presente ley se entenderá por Violencia Familiar, toda acción, omisión, abuso, que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito".

II. El efecto del DNU 297/2020 en el ámbito de la violencia intrafamiliar

A partir de la pandemia, y decretado el ASPO (aislamiento, social, preventivo y obligatorio por *DNU 297/2020*) **(2)** y sus posteriores extensiones, una de las primeras situaciones que requieren atención urgente e inmediata es precisamente la de esta problemática. En Argentina, desde el inicio de la emergencia y el aislamiento, ha habido un aumento de llamadas y denuncias de mujeres que sufren violencia: los llamados a la línea nacional de ayuda 144 crecieron un 40% y hubo, al menos, 14 femicidios. "La violencia de género, la violencia doméstica, familiar, se desarrollan en general en situaciones de encierro psicológico, dependencia económica y afectiva. Estos elementos se encuentran aún más presentes en situaciones de encierro físico entre agresor y víctima. Esto es válido en el mundo entero —dice a *Clarín* Aude Maio-Coliche, embajadora de la Unión Europea en Argentina—. En Europa, p. ej., en ciertas ciudades se ha prohibido la venta de alcohol, que es otro factor que agrava relaciones tensas en el hogar y refuerza situaciones preexistentes de violencia. Las medidas para contrarrestar la pandemia por el coronavirus, cuarentena y el aislamiento social agravan las situaciones de violencia" **(3)**.

La desigualdad en el ámbito familiar se ve en la realización de las tareas de limpieza y cargas de mantener el hogar, la asistencia a los hijos en sus tareas escolares, el mantener el régimen alimentario cocinando, realizando las compras y dedicando también actividades que se dan por sentadas, dentro del patriarcado, corresponderían a la mujer.

A esto se suma la responsabilidad de las mujeres que además deben cumplir sus tareas laborales bajo la forma de teletrabajo desde sus casas.

(2) https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/22.7042/20.200320.

(3) https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-laotrapandemia-nueva-campana-violencia-genero_0_93t-SPt_k.html.

Thomson Reuters

El libro *El Principito* de Antoine de Saint-Exupéry nos dice que "lo esencial es invisible a los ojos". La visualización de la violencia, especialmente en aislamiento, también lo es. Pues las víctimas conviven con su agresor y están más limitadas a poder defenderse o denunciar dicha situación.

III. Medidas de protección existentes y el uso de medios alternativos para denunciar en época de ASPO

La ley 26.485 en su art. 26 establece medidas de preventivas urgentes como: prohibición de acercamiento, exclusión del hogar, cese de perturbación, restitución de efectos personales, y prohibición de tenencia o compra y tenencia de armas, etc.

La denuncia puede ser realizada por la víctima o sus representantes legales. En el caso de niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla. En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando esta fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en veinticuatro [24] horas (conf. ley 26.485, art. 24).

Por su parte, la ley 24.417 en su art. 2° establece: "Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el Ministerio Público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público debido a su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público".

Sin embargo, en época de pandemia, con el ASPO, se hace más difícil el acceso a la justicia; es necesario recurrir a nuevas herramientas para acceder a la denuncia por medios virtuales, electrónicos y no solamente los presenciales.

Por eso a las denuncias ante la comisaria de la mujer, la OVD (Oficina de Violencia Doméstica) de la Corte y la línea 144 (dispositivo a nivel nacional para la atención, recepción, asesoramiento y contención en situaciones de violencia de género), se han implementado medios alternativos como líneas de correo electrónico y números de WhatsApp para recibir denuncias, permitiendo a las víctimas solicitar ayuda sin ser interceptadas u oídas por su agresor.

También la puesta en marcha de una campaña denominada "Barbijos Rojos" implementada en las farmacias de todo el país, mediante la cual la víctima puede solicitar ayuda simplemente pidiendo un barbijo de ese color. Esta idea, que comenzó hace unas semanas en España, es una iniciativa conjunta entre el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación (MMGyD) y la Confederación Farmacéutica Argentina (COFA) y busca poner especial atención en el contexto de la emergencia por la pandemia de coronavirus COVID-19. El farmacéutico que atienda del otro lado del mostrador, preparado para este protocolo, dirá que no tiene ese producto y pedirá los datos a la persona para "notificarle cuando le llegue el producto". Luego, desde la farmacia se comunicarán con el 911 para realizar la denuncia o con la línea 144 para recibir asistencia y/o asesoramiento según el caso **(4)**.

A partir de la decisión administrativa 524/2020 adoptada por la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM) de la Nación, por la cual se exceptúa a determinadas actividades y servicios del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, el Gobierno de la provincia de Buenos Aires procedió exceptuar del ASPO algunas actividades y servicios para cada uno de los municipios que hicieron una presentación apropiada de los distintos protocolos sanitarios y de funcionamiento. Entre ellos el establecimiento para la atención de personas víctimas de violencia de género **(5)**.

(4) https://www.infobae.com/coronavirus/2020/03/30/violencia-de-genero-habra-un-codigo-para-poder-pedir-ayuda-en-las-farmacias-durante-el-aislamiento/.

(5) https://www.gba.gob.ar/comunicacion_publica/noticias/la_provincia_de_buenos_aires_habilita_medidas_puntuales_de_excepci%C3%B3n.

Thomson Reuters

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires, bajo la res. 12/2020, dictó la prórroga de las medidas cautelares y de protección dictadas en casos de violencia familiar y de género. Estableciendo que, en dichas causas, que se encuentren abiertas, en el ámbito de los Juzgados de Familia y Juzgados de Paz, que tengan medidas cautelares y de protección dictadas en vigencia, se prorrogará de forma automática hasta el 31 de marzo de 2020 o hasta que cese la medida de aislamiento preventivo, social y obligatoria dictada por el Gobierno Nacional en el decreto antes mencionado. Asimismo, dicho organismo autorizó, a que los juzgados tomen denuncias por medios digitales, tales como mensajes de WhatsApp, con el fin de facilitar y garantizar el acceso a la justicia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la acord. 6/2020, que dispone en su art. 4° que las cuestiones en materia penal vinculadas con la violencia doméstica, así como los temas de familia urgentes, el resguardo de menores y la violencia de género —en materia no penal—, constituyen asuntos que deben ser especialmente considerados dentro de los actos procesales que no admiten demora, o que de no practicarse, pudieran causar un perjuicio irreparable, por lo que deben tratarse durante la feria judicial extraordinaria dispuesta en su art. 2°.

La UFEM, Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, desarrolló una lista de medidas básicas destinadas a las y los fiscales ante el agravamiento de los peligros para las mujeres víctimas de violencia de género dentro de sus hogares durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. Las medidas desarrolladas mediante la res. PGN 29/2020, con el fin de fortalecer los mecanismos de acceso a una justicia rápida durante el tiempo que dure el aislamiento, establecen la instrucción y el recuerdo a los y las fiscales que existe la obligación por parte del Estado de generar medidas tendientes a garantizar los derechos fundamentales a las personas en situación de violencia de género. Instruyéndoles con el fin de que postulen la prórroga de todas las medidas preventivas para la protección de las víctimas, y sus entornos, en aquellas investigaciones en las que el objeto procesal involucre violencia de género.

En el mismo sentido, el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 19 de marzo de 2020, dispuso considerar prorrogadas por un plazo de 60 (sesenta días) las medidas cautelares judicialmente decretadas de exclusión del hogar, prohibición de acercamiento y contacto, perímetros de exclusión, otorgamientos de dispositivos de alerta (DAMA, botón antipánico, tobilleras, etc.), o cualquier otra que haga a la protección de las personas con carácter general, aún las vencidas dentro de los últimos 40 días **(6)**.

Es decir, todas estas medidas puntuales se suman a los dispositivos que comúnmente existieran en épocas "normales" ante situaciones de violencia familiar y/o de género.

IV. Violencia económica. Su agravamiento en contexto de cuarentena

Uno de los tipos de violencia familiar y de género más común es la violencia económica que se agrava en estas circunstancias excepcionales de pandemia y ASPO.

Entendemos por violencia económica y patrimonial, conf. ley 26.485: "La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo".

En la mayoría de los casos, el ASPO, a la vez que tiende a prevenir el contagio del virus COVID-19, produce indirectamente consecuencias económicas que golpean gravemente a los grupos más vulnerables, entre ellos a las mujeres, niñas, niños y adolescentes y adultos mayores, víctimas de violencia.

(6) Violencia Familiar y de Género en contexto de cuarentena — Lis Martin, Abogada, Miembro de la Comisión de Género y Violencia de CAQ.

Thomson Reuters

Las mujeres transversadas por la violencia que no pueden salir a trabajar y permanecen en el lugar más peligroso que es el mismo seno del hogar, muchas veces a cargo de los hijos menores de edad, o bien de personas mayores también vulnerables, en un marco de emergencia económica por el aislamiento, sufriendo una doble victimización no solo por la agresión física y emocional sino por la económica.

Si bien la restricción no significa impedimento para salir a pedir ayuda, la realidad es que el desconocimiento de ello por la falta de información, la imposibilidad de salir a trabajar, la falta de recursos propios, la violencia ejercida por el agresor conviviente al negarle recursos económicos para asistir y alimentar/se a sí misma y a sus hijos, como cumplir con otras necesidades básicas, es claramente un golpe más en ese contexto de violencia, humillación y desigualdad que padece.

Así también, la conducta del agresor no conviviente, en el marco de violencia y que tiene la obligación de cumplir con las cargas alimentarias para solventar los gastos familiares de los hijos y no las cumple, genera violencia económica.

El incumplimiento continuo, deliberado e intencional de las obligaciones alimentarias muchas veces configura situaciones de violencia económica. La continuidad, se refiere a la persistencia en el tiempo, al abandono palmario de las obligaciones alimentarias. Lo deliberado alude a un acto voluntario y con libertad de incumplir con las obligaciones alimentarias. Por último, la intencionalidad, trata del ánimo de incumplir, a pesar de saber que se debe cumplir **(7)**.

Así, en el fallo "G., V. C. c. F. M., J. M. s/ violencia familiar", la Cámara Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia, Chubut, agosto del año 2016, 00.0302/2016. La Cámara decide ordenar al denunciado el cese de toda acción y omisión que implique limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades alimentarias de su hijo M. L. F. G. y, aplicar una multa por los hechos ya constatados de pesos cuatro mil. Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora y se ordena las medidas precedentemente reseñadas. Configurándolo como Violencia Económica **(8)**.

En este especial contexto de cuarentena con suspensión de plazos judiciales y medios restringidos para solicitar el cumplimiento de estas medidas, cabe destacar que los abogados y operadores judiciales deben hacer uso de todos los medios alternativos que estén al alcance como son los medios tecnológicos, uso de WhatsApp, correo electrónico, a efectos de peticionar y notificar las resoluciones de carácter urgentes como son las de carácter alimentario.

Así lo decidió el juez en la causa "G. S. M. s/ protección contra la violencia familiar - 10.389-2019" en trámite por ante el Juzgado de Paz de General Lamadrid, con fecha 02/04/2020, en donde resolvió: "*Desde una perspectiva de género debe ponderarse que amén de la dinámica familiar habitual, ante el presente aislamiento sanitario,* es la Sra. S. S. G. E. la que se estaría dedicando exclusivamente al cuidado de los 4 niños, lo que naturalmente le impide realizar cualquier tipo de tarea remunerada, agravándose de esta manera sus necesidades de los mismos, no resultando equitativo que la formalidad de un acto procesal como el de la notificación de la demanda en formato papel y con la participación de un funcionario público —Oficial de Justicia— terminen frustrando derechos superiores (arts. 3°, 4°, 5° inc. 4, ss. y cc. de la ley 25.485), cuando tenemos disponibles otros medios que puedan garantizar dar fe del acto producido y la fehaciente notificación pretendida en el código de rito. *Frente a ello, deben flexibilizarse las normas procesales y compatibilizarse el estado sanitario actual, la debida protección de la integridad de las partes y del personal judicial* que debiera intervenir eventualmente en el acto de notificación (DNU 297/2020 y res. 386/20 y 14/20 de la SCBA), *el supremo interés de los Niños por el que se reclama alimentos (art. 3° de la CDN),* con las posibilidades tecnológicas que permitan replicar dicho acto con las salvaguardias necesarias para garantizarse la efectiva comunicación del reclamo alimentario y el ejercicio pleno del derecho y defensa del demandado (art. 18 de la CN y arts. 8°, ss. y cc. del Pacto de San José de Cos-

(7) ORTIZ, Diego O., "Reflexiones sobre los alimentos provisorios en el procedimiento de violencia familiar", 06/09/2016, MJ-DOC-10.037-AR | MJD10.037.

(8) ORTIZ, Diego O., Un fallo que visibiliza un tipo de violencia, 21/10/2016. Pensamiento Civil https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2447-un-fallo-que-visibiliza-un-tipo-violencia.

Thomson Reuters

ta Rica). *Apelando asimismo a la lealtad y buena fe procesal que debe reinar en todo proceso de familia,* con especial readecuación situación social y sanitaria que resulta de público y notorio conocimiento (arts. 706 ss. y cc. del Cód. Civ. y Com.). Por su parte, *en materia de violencia familiar o de género, la Suprema Corte de Buenos Aires ha autorizado a los Juzgados de Paz la recepción de las denuncias por medios telemáticos, incluso utilizando la aplicación de la mensajería instantánea WhatsApp; así como la comunicación de dichas medidas por tal vía a las partes y/o autoridades competentes* (arts. 3° y 4° de la res. 12/2020 de la SCBA), *estableciendo que todos los actos que se realicen por aquellos medios gozarán de plena validez.* Para el supuesto de continuarse el Aislamiento Sanitario Obligatorio a dicha fecha, se hace saber a las partes que la misma se celebrará por videoconferencia mediante la aplicación Teams, para lo cual se anexa a la presente resolución los instructivos de instalación y funcionamiento de la mentada aplicación elaborados por la Subsecretaría de Tecnología Informática de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Conforme lo expuesto la notificación de la presente demanda se realizará mediante la aplicación WhatsApp de la siguiente manera..." **(9)**. Lo resaltado en itálica me pertenece.

V. Conclusiones. Principio de solidaridad

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, el contexto de ASPO impuesto para evitar la propagación del virus denominado COVID-19; con altos índices de aumento de violencia intrafamiliar, no debemos perder de vista los principios jurídicos de tutela judicial efectiva, derecho a un plazo razonable para la resoluciones judiciales y principio de efectividad a fin de lograr que las necesidades requeridas por quienes están más expuestos (vulnerables), en este caso víctimas de violencia, niños niñas y adolescentes y adultos mayores, sean efectivamente satisfechas.

Todo esto se resume en el Principio de Solidaridad Familiar cuyo deber tiene el Estado de reconocer y proteger a sus ciudadanos.

En este sentido comenta el Dr. Marcos Córdoba que la buena fe nos ha enseñado a ponernos en el lugar del otro, ejerciendo nuestros derechos consideramos también los intereses de la otra parte, extendiéndose como principio que debe ser positivizado, el de la solidaridad jurídica. En efecto, basados en el principio de solidaridad por el cual nos situamos en ambos lados de la relación jurídica con el sentido unitario de cumplir con la conducta debida y de acuerdo a la intención esperada por el sujeto pretensor, el derecho se convierte en una herramienta de relación intersocial pacífica, por cuanto logra anticiparse a las diversas necesidades humanas e incluso prever situaciones que, frente a los más vulnerables puedan suscitarse, coadyuvando a una mejor protección de la dignidad del hombre **(10)**.

Y expresa: "La sociedad organizada reconoce una estrategia basada en la solidaridad y el comportamiento natural y espontáneo solidario de la persona humana es receptado por el orden jurídico, clasificándolo, calificándolo y atribuyéndole consecuencias jurídicas, de modo tal que el orden legal en su conjunto se apoya en la solidaridad como fundamento esencial...

"El deber de solidaridad familiar deriva de los principios tan sólidamente vinculados como lo son la dignidad del ser humano y el derecho a la vida; la familia fue modificándose en sus formas a través de los años, a raíz de los cambios habidos en la sociedad. Si bien hasta el día de hoy la solidaridad familiar es entendida más como un fundamento de prestaciones que como un principio del derecho, a nivel internacional se entiende que constituye un pilar fundamental su reconocimiento y protección por parte de los Estados a través del derecho" **(11)**.

Ese es el gran desafío que nos compele repensar y prepararnos para el nuevo mundo que nos deja esta situación mundial de pandemia.

(9) CCiv. y Com. de Comodoro Rivadavia, Chubut, agosto del año 2016, "G., V. C. c. F. M., J. M. s/ violencia familiar", 00.0302/2016.

(10) MICHELLI, Marilina A. - Pietas y Solidaridad Familiar en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina: La Mejora a favor del Heredero con discapacidad. 11/02/2019 Cita online: Pensamiento Civil.

(11) CÓRDOBA, Marcos M., "El derecho en época de pandemia. COVID-19, familia y solidaridad jurídica", LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 15. Cita Online: AR/DOC/1034/2020.

Thomson Reuters

El perfil psicopatológico en una relación violenta

Silvana Etchepare [(*)]

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Proceso ciclotímico: el comienzo de la degradación personal.— IV. Víctima: perfil psicopatológico de la mujer maltratada.— V. Victimario: perfil psicopatológico del agresor.— VI. Tipología de agresores.— VII. Intervención.— VIII. Conclusión y tratamiento.

I. Introducción

Las relaciones de pareja, libremente establecidas en la actualidad, están basadas en el intercambio de conductas gratificantes, lo que conlleva la posibilidad de su disolución si el balance de la relación es insatisfactorio. Por ello, la violencia contra la pareja puede considerarse algo anómalo. En este contexto, se podría hipotetizar que, si existe una relación violenta, en un vínculo, en el que han tenido sentimientos de intimidad, que han podido formar un proyecto de vida, y hasta, han tenido hijos en común, cabe pensar que padecen algún tipo de trastorno mental o de alteración psicológica **(1)**.

No es fácil responder a las preguntas de por qué los hombres se comportan de forma violenta precisamente en la relación de pareja, que suele construir en un vínculo de intimidad y de ternura, y cómo la mujer puede desarrollar un alto nivel de tolerancia a la violencia recibida, por parte de la persona, a quien ama y teme. La conducta violenta en este contexto suele ser resultado de un estado emocional intenso —la ira—, que interactúa con unas actitudes previas de hostilidad, un repertorio de conductas pobres (déficits de habilidades de comunicación y de solución de problemas o dependencia emocional) y unos factores precipitantes, entre otros, las situaciones de estrés, el abuso de alcohol/drogas o los celos **(2)**.

Hay ciertas circunstancias específicas de la relación de pareja que posibilitan esta secuencia crónica de conductas violentas. Un hombre tiende a descargar su ira específicamente en aquella persona que percibe como más vulnerable (una mujer) y en un entorno (la casa) en que es más fácil ocultar lo ocurrido. Además, los logros obtenidos con las conductas violentas previas desempeñan un papel muy importante. Muy frecuentemente el hombre maltratador ha conseguido los objetivos deseados con los comportamientos agresivos anteriores. Es decir, la violencia puede ser un método sumamente efectivo y rápido para salirse con la suya. A su vez, la sumisión de la mujer puede quedar también consolidada porque, con un comportamiento sumiso, consigue evitar las consecuencias negativas derivadas de una conducta violenta por parte de la pareja. Además, la víctima puede sentirse incapaz de escapar del control de agresor al estar sujeta a él por el miedo, la dependencia emocional, el aislamiento social o distintos tipos de vínculos económicos, legales o sociales **(3)**.

(*) Lic. en Psicología. Experta en Psicología Forense. Especialista en Terapia de Pareja (Universidad Católica Argentina UCA). Diplomada en Violencia de Genero (Universidad Tecnológica Nacional UTN). Integrante del Equipo Técnico Interdisciplinario del Juzgado de Familia Civil y Penal de Niños y Adolescentes de Concordia, E. R.

(1) BRASFIELD, R., "The absence of evidence is not the evidence of absence: The abusive personality as a disordered mental state. Aggression and Violent Behavior", 2014, 19, 515-522.

(2) KELLEY, E. L — EDWARDS, K. M. — DARDIS, C. M., y GIDYCZ, C. A., "Motives for physical dating violence among college students: A gendered analysis. Psychology of Violence", 2015, 5, 56-65.

(3) JOURILES, E. N., y MCDONALD, R., "Intimate partner violence, coercive control, and child adjustment problems", Journal of Interpersonal Violence, 2015, 30, 459-474.

Thomson Reuters

Lo trastornos mentales son muy frecuentes en los maltratadores, como sus síntomas psicopatológicos, como: las alteraciones psicológicas en el ámbito del control de la ira, la falta de empatía y de la expresión de emociones, las cogniciones disfuncionales sobre la mujer y la relación de pareja, la deficiencia en las habilidades de comunicación y de solución de problemas **(4)**.

Por otra parte, una persona que viva con alguien que abusa de ella física o emocionalmente suele desarrollar una respuesta de estrés cuando es atacada. Si se repiten los ataques o amenazas, desarrolla una serie de síntomas crónicos, siendo los más prevalentes en las mujeres maltratadas por su pareja el trastorno de estrés postraumático y depresión **(5)**. Además, cuando la mujer es degradada y ridiculizada por su pareja de forma repetida puede disminuir su autoestima y sentimiento de autoeficacia **(6)** e, incluso, puede llegar a pensar que merece sus castigos y que es incapaz de cuidar de ella y de sus hijos/as, desarrollando una gran inseguridad en sí misma **(7)**. También es posible que desarrolle sentimientos de culpa, aislamiento social y dependencia emocional con el maltratador, junto con ansiedad y sintomatología somática **(8)**. Y aunque sin frecuencia, se suelen observar ciertas tendencias suicidas y abuso de alcohol y/o drogas, así como de medicamentos, sobre todo analgésicos y psicofármacos, en un intento de superar el malestar físico o emocional generado por la situación vivida **(9)**.

Por lo antes expuesto se desarrollará en el presente trabajo, un profundo análisis de los perfiles psicológicos (psicopatológico) tanto de la víctima como del agresor en una relación violenta. Esto es de suma importancia, ya que al existir un vínculo disfuncional y de codependencia, es probable que la pareja, retome el vínculo, aun existiendo denuncias con medidas judiciales, poniendo en peligro su integridad psicofísica, como la de sus hijos. Si se trabaja terapéuticamente con ellos, de manera individual, estaremos trabajando en la raíz del problema y, por lo tanto, disminuiría la posibilidad del peligro inminente.

Dentro del Protocolo de Violencia de Género (ley 26.485), y luego de que la víctima haya realizado la denuncia, ya sea en la policía o en Fiscalía, el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) del Juzgado de Familia de Concordia (compuesto por psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales) realizan dos entrevistas individuales, una con la víctima y luego con el agresor, y desde ahí, y como medidas de protección, no solo se realiza la derivación a tratamiento, sino también, se realiza una entrevista de control (a los 60 días de la primer entrevista) para evaluar el cumplimiento de dicha derivación, con el objetivo de evitar el abandono del proceso.

II. Desarrollo

En 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, que en su art. 1°, define la violencia contra las mujeres "como todo acto de violencia basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada".

La ley 26485 clasifica las distintas modalidades en la que se materializa la violencia contra la mujer, y llama "violencia doméstica" aquella ejercida por un integrante del grupo familiar y que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad físi-

(4) ECHEBURÚA, E. — FERNÁNDEZ-MONTALVO, J., y AMOR, P. J., "Psychopathological profile of men convicted of gender violence: A study in the prisons of Spain. Journal of Interpersonal Violence", 2003, 18, 798-812.

(5) GOLDIN, J. L., "Intimate partner violence as a risk factor for mental disorders: a metanalysis. Journal of family violence", 1999, 14, 99-132.

(6) OVARA, T. A. — MCLEOD, P. J. y Sharpe, D., "Perceptions of control, depressive symptomatology, and self- esteem in women in transition from abusive relationships. Journal of family violence", 1996, 11, 167-186.

(7) MATUD, M. P., "Impacto de la violencia doméstica en la salud de la mujer maltratada. Psicothema", 2004, 16, 397-401.

(8) DULTTON, M. A. y PAINTER, S., "The battered woman syndrome: effects of severity and intermittency of abuse", 1993, American Journal of Orthopsychiatry, 63, 614-622.

(9) GOLDIN, ob. cit.

Thomson Reuters

ca, psicológica, sexual, económica o patrimonial. En la misma ley, en su art. 5° especifica los distintos tipos de violencia: tales como agresiones físicas (golpes, empujones, patadas, quebraduras) violencia psicológica, que hiere la dignidad y provoca desvalorización, humillación, y angustia (intimidación, menosprecio, amenazas, insultos, conductas de control, manipulación, aislamiento), violencia sexual (obligar a la pareja, por medio de un acto forzoso a tener relaciones sexuales) violencia económica que tiende a producir un menoscabo en los recursos económicos (control, limitaciones de los ingresos/salarios, sustracción de bienes y derechos patrimoniales) Aunque no todas las mujeres sufren todos los tipos de abuso, es muy común que se den de forma conjunta teniendo un denominar en común, "el control y la dominación" como una característica central de este tipo de violencia **(10)**.

III. Proceso ciclotímico: el comienzo de la degradación personal

Generalmente, los abusos comienzan en los primeros años de la relación de pareja, aunque en algunos casos se dan ya desde el noviazgo, y su frecuencia e intensidad suelen ir aumentando con el paso del tiempo.

Un aspecto importante para tener en cuenta es que generalmente, o al menos en los primeros tiempos de relación, la violencia no es constante, sino que se da por ciclos o bien se alternan las fases de agresión con las de cariño, produciendo en la víctima confusión y dependencia con quien es su agresor **(11)**.

La violencia de género se produce dentro de una relación de pareja que consta de un proceso ciclotímico de tres etapas, que a mayor cronicidad del vínculo patológico, existe menos posibilidad de disolver la pareja. Cuantas más veces la víctima perdone a su agresor, con más impunidad él, se moverá en la relación.

a) Existe una etapa inicial, donde se va acumulando la tensión: es un periodo que suele ser largo, en donde el agresor buscará sutilmente manipular a la mujer, desestabilizarla de sus creencias sobre sí misma y de cómo debe ser una relación de pareja "estable y normal". Le irá mostrando que es él quien tiene el rol de poder y de superioridad en la relación, y ella será quien deberá obedecer. Para tal fin, usará el menosprecio, el sarcasmo, las agresiones verbales, buscará humillarla para derrumbar su autoestima y la seguridad en sí misma. Como principal estrategia, intentará alejarla de su contexto social, familiar y laboral con el objetivo de que su víctima logre desarrollar la dependencia absoluta (económica, funcional, sentimental) con respecto a él. Logrando esto, él podrá controlar toda su vida a través del control y de las amenazas. Ella, confundida por la ambivalencia (cariño y menosprecio/amenazas; dependencia absoluta y control extremo) tendrá una representación idealizada de su pareja, por lo que buscará complacerlo evitando todo conflicto. De esta manera, quedará bajo el dominio absoluto de la persona a quien ama y a quien obedece.

b) El segundo período comienza con el estallido de la violencia física (episodio agudo). Es un periodo más corto que el anterior. La mujer, confundida, pide ayuda, consejos y, a veces, logra denunciar la agresión. Desarrolla una toma de conciencia parcial de la problemática, que pone en duda su felicidad dentro de la pareja, ya que la persona a quien ella le atribuye cualidades importantes de superioridad vulneró sus derechos y la lastimó.

c) Posteriormente, llega la etapa de luna de miel. El agresor toma consciencia de lo que ha hecho y se esfuerza por mantener a su pareja a su lado, muestra arrepentimiento, pide perdón, llora y promete que no lo volverá a hacer. Se incrementa la "manipulación afectiva" (el agresor hace regalos, pide disculpas, hace caricias, tiene gestos que la mujer le pedía tiempos atrás). Esto hace que la mujer, a pesar de todo, renueve sus esperanzas en que su pareja cambie, y justifica la agresión atribuyéndose la culpa y la responsabilidad de esta, mostrándose arrepentida.

Cuando el vínculo de pareja es crónico, es probable que la etapa de la luna de miel ya no exista, y las dos primeras etapas se hallan unificadas.

(10) HEISE y GARCÍA — MORENO, "Violence by intimate partners", 2002, en E.G. Krug, L.L. Dahlberg y J.A. Mercy (Eds) "Word Report or Violence and Health" (pp. 88-121). Ginebra. World Health organization.

(11) DULTTON, M. A. y PAINTER, S., ob. cit.

Thomson Reuters

IV. Víctima: perfil psicopatológico de la mujer maltratada

Por lo antes expuesto, se considera que las consecuencias psicológicas de la violencia son más frecuentes y graves que las físicas, salvo casos excepcionales como los de muertes o lesiones graves. Una persona que viva con alguien que abusa de ella física o emocionalmente suele desarrollar una respuesta de estrés cuando es atacada. Si se repiten los ataques o amenazas, desarrolla una serie de síntomas crónicos, siendo los más prevalentes el trastorno de estrés postraumático, la depresión, trastornos de ansiedad y problemas de abuso de sustancias. Además, cuando la mujer es degradada y ridiculizada por su pareja de forma repetida, influye de manera negativa en su autoestima y en el sentimiento de autoeficacia. Ella puede sentir que merece ser castigada y que es incapaz de cuidar de ella y de sus hijos, desarrollándose así una gran inseguridad en sí misma. Desarrolla el sentimiento de culpa y un incremento progresivo de la tolerancia a la violencia. Esto va generando un aislamiento social y una dependencia emocional, funcional y económica con el agresor, siendo él su único referente. De manera paralela, el agresor irá marcando y potenciando su poder sobre ella, a través de la manipulación, el hostigamiento y las amenazas. De esta manera, la mujer maltratada desarrolla lo que Seligman denominó "indefensión aprendida" **(12)**. Según el autor, es la tendencia de una persona que siendo víctima de maltrato "aprende" que no puede defenderse, haga lo que haga. Esto sucede porque siente que no controla la situación y está a merced del agresor. Estos sentimientos impiden creer que las cosas pueden cambiar y dificultan que la mujer se enfrente a sus creencias, sus sentimientos y también sus temores. El maltrato da lugar a lo que se denomina "sesgos cognitivos", en donde la víctima, con ciertas creencias, busca justificar las conductas del agresor con el objetivo de minimizar la gravedad de la violencia. Va interpretando cada hecho de manera aislada, y esta subjetividad les impide interpretar la relación y sus características como disfuncional para su integridad, motivo por el cual no buscan ayuda (ni profesional, ni social). Y si lo hacen, pueden arrepentirse, al observar cierto arrepentimiento del agresor (etapa de luna de miel). Esto se debe a su alto nivel de desvalorización, por lo que se sienten incapaces de tomar decisiones y de realizar cambios de forma autónoma. Tienen sentimientos ambivalentes hacia su pareja: es agresivo y amable, está tranquilo y explota, por lo que ella dice quererlo y odiarlo. Como se culpabiliza por esta ambivalencia, no puede analizar y asociar la relación de su malestar emocional con la situación concreta que la activó: la conducta agresiva seguida de la demostración de arrepentimiento con amor intenso. Al existir una tendencia al sesgo atencional, se van a quedar fijada en la imagen fantaseada de su pareja, de una representación de superioridad, que hace que ella solo pueda observar las características de personalidad buena del agresor, aferrándose a los buenos momentos y recuerdos. Dadas las características de la relación, se muestra siempre atenta y pendiente de todas las necesidades de su pareja, rechazando y olvidando las suyas. Tienen muy interiorizada la idea de "vivir para los otros", un mensaje que limita el tiempo y la energía dedicada a una misma, y refuerza dar más importancia al bienestar de los demás que al propio. Su vida y sus expectativas las han depositado en manos de otros, por lo que es difícil que logren cubrirlas. Por este motivo, surge la esperanza de que exista, en algún momento, el reconocimiento de su pareja, que al no recibirlo, incrementan sus exigencias con tal de complacerlo. Como "mecanismo de afrontamiento", la mujer intenta negar el maltrato, o minimiza el riesgo, vive con una idea fantaseada de cómo le gustaría que fuese la relación, junto a la promesa del "cambio". Además, tiende a justificar aspectos de la personalidad del agresor, minimizando su responsabilidad en el conflicto. Racionaliza las distintas situaciones ("no ha sido nada", "es que tiene problemas en el trabajo"). Cuando busca las causas de la agresión siempre considera que es por motivos externos a la pareja o que es su responsabilidad, sin ser conscientes de su papel en el mantenimiento de los malos tratos y, por tanto, les cuesta ver cómo la ruptura de la relación podría ayudarla a cambiar su estilo de vida y mejorar su salud psíquica y física.

V. Victimario: perfil psicopatológico del agresor

Existe una relación entre la violencia contra la pareja y los trastornos mentales. Los más

(12) SELIGMAN, M. E. P., "Helplessness: On Depression, Development, and Death", 1975, San Francisco: W. H. Freeman.

Fundación Infancia Libre

frecuentes son los trastornos de personalidad (límite, narcisista, antisocial) y los trastornos psicóticos, en función de las ideas delirantes de celos o de persecución, y el abuso de alcohol y drogas, que pueden activar las conductas violentas en las personas impulsivas y descontroladas.

Los factores predictores más habituales de comportamientos violentos entre las personas con un trastorno mental son los siguientes:

a) una historia previa de violencia o de victimización, con una personalidad premórbida anómala;

b) la falta de conciencia de enfermedad y el consiguiente rechazo o abandono del tratamiento;

c) los trastornos del pensamiento (ideas delirantes de amenaza/control, de celos o de identificación errónea) o de la percepción (alucinaciones que implican fuerzas externas controladoras del comportamiento), con pérdida del sentido de la realidad;

d) el abuso de alcohol o drogas; y

e) el aislamiento familiar y social, resultado de la estigmatización o de la discriminación **(13)**.

Cognitivamente, presenta una estructura de pensamiento rígida, minimiza su conducta agresiva considerando que lo que ha pasado es algo ínfimo y sin importancia. También minimiza su frecuencia y su gravedad. Otra opción elegida por el maltratador es negar sus agresiones, manipulando la versión, que culpabiliza a su mujer por ser fabuladora. De esta manera externaliza la culpa y la responsabilidad, considerando que es la pareja, quien provoca las agresiones. O, si llegara a reconocerla, argumenta que las agresiones son parte de la manera en que se vinculan mutuamente (afirmaciones cruzadas).

Posee definiciones rígidas de femineidad y masculinidad. Se apoya de los valores culturales basados en los mitos de la masculinidad, en donde el hombre tiene el control, la dominación y la jerarquía con respecto a la mujer, a la que lastima para mantener su *statu quo*.

El agresor tiene dificultades en controlar la rumiación de pensamiento que giran en torno al abandono de su pareja y la desconfianza e infidelidad. Con su monólogo interno, va desarrollando una preocupación desmedida que le generan dudas y celos, y que se originan en torno a su inseguridad personal, que logra desbordarlo, haciendo que pierda el control en sus emociones (ira) y de sus impulsos (agresiones verbales, físicas, etc.).

Muy a menudo, cae en errores de pensamientos, como el pensar de manera dicotómica: "todo o nada", cree que todo debe ser como él considera. No acepta otra posibilidad. "Se gana o se pierde"; toda pelea es vivida como una posibilidad que solo hay que ganar. No hay negociación.

El agresor, al no poder racionalizar con claridad, cualquier estimulo, sea interno (ejemplo: creencia disfuncional, idea delirante) o externo (ejemplo: problemas económicos, discusión con su pareja) activa la impulsividad y la ira, ya que presenta bajos niveles de tolerancia a la frustración. Al experimentar baja autoestima y sentimiento de inferioridad, busca compensarlas con las conductas agresivas, con las cuales, aprendió y/o cree ser capaz de lograr obtener sus objetivos. Al no poder experimentar emociones como remordimiento, culpa, tristeza, empatía, no toma conciencia de las consecuencias de sus actitudes.

La relación con su pareja, la estable en una dependencia afectiva, en donde su pareja es internalizada como parte de él. Por este motivo, tiene una incapacidad para diferenciarse de ella, y ante la mínima posibilidad de perderla, se desequilibra emocionalmente.

Tiene una tendencia a priorizar sus intereses y necesidades, por sobre la de los demás, por ser egocéntrico y narcisista.

VI. Tipología de agresores

Existen diferentes enfoques teóricos, que definen entre 2 a 4 tipologías de agresores en una relación de pareja. En esta oportunidad, se abordarán los aportes científicos de Holtzworth-Mun-

(13) CAETANO, R. — VAETH, P., y RAMISETTY-MIKLER, S., "Intimate Partner Violence Victim and Perpetrator Characteristics Among Couples in the United states. Journal of Family Violence", 2008, 23, 507-518.

Thomson Reuters

roe y Stuart **(14)**, y el modelo de Dutton, porque han logrado reunir un amplio apoyo empírico y una variedad de estudios que han sido capaces de ser replicados. Ellos mencionan 3 tipologías, bien diferenciadas entre sí:

VI.1. Agresores limitados a la pareja, normalizados, hipercontrolados (tipo 1)

Son los agresores que presentan menos problemas psicológicos. Son sujetos cuya violencia se limita a la pareja, sin conducta antisocial previa. Muestran alta deseabilidad social, y tratan de agradar a su entorno social y de evitar conflictos, controlando su ira hasta explotar. Sus problemas toxicológicos son poco frecuentes y suelen solapar el consumo de alcohol con las agresiones. Son sujetos de bajo riesgo. Se los denomina normalizados, que raramente muestran psicopatología asociada. Existen dos clases de sujetos:

- Los que muestran características pasivo/dependientes tienden a sacrificar sus derechos para evitar conflictos y acumulan una tensión interna que puede explotar en momentos puntuales de forma desmesurada.

- Los que muestran características compulsivas se adaptan mediante la obediencia de normas y un disciplina propia, y son vistos por los demás como rígidos, inexpresivos y predecibles. El agresor compulsivo interpreta los comportamientos de su pareja como violaciones de las reglas, hecho que le genera ira y ansiedad.

VI.2. Agresores límites, disfóricos o patológicos (tipo 2)

Son los sujetos con más problemas psicológicos, emocionalmente inestables, con altos niveles de depresión y ansiedad. Muestran altos niveles de celos y dependencia, centran su ira en la pareja y presentan un estilo de apego temeroso/preocupado, oscilando rápidamente del amor y al odio. En algunos estudios se ha obtenido evidencia de que son los que mayor abuso emocional presentan. Su estilo de apego, su ira crónica y los síntomas traumáticos son características propias de la personalidad abusiva. Son agresores de riesgo medio/alto. Las distintas etiquetas utilizadas para describir a este subtipo reflejan la existencia de un continuo de características de la personalidad límite, más que de un diagnóstico específico del trastorno límite de la personalidad.

VI.3. Agresores violentos en general/antisociales (tipo 3)

Su principal característica es un comportamiento violento generalizado, que va más allá de la agresión a la pareja. Presentan conducta antisocial, con antecedentes policiales o penales. Su violencia es instrumental, buscando objetivos concretos y tienen actitudes favorables a la violencia, baja empatía y apego rechazante. Ven a los demás (incluida la pareja) como objetos a su servicio, mostrando absoluta falta de empatía. Son los que mayor prevalencia de violencia sexual y psicológica presentan. Sus principales rasgos de personalidad son el narcisista y el antisocial presentan mayor prevalencia de abusos en la infancia y menores niveles de ansiedad e ira. Son considerados agresores de alto riesgo.

VII. Intervención

Dentro del Protocolo de Violencia de Género (ley 26.485), el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) del Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de la ciudad de Concordia realiza, luego de la denuncia de la víctima, dos entrevistas individuales y semidirigidas, primeramente, con la víctima (que es quien realiza la denuncia) y luego, con el agresor (denunciado).

En ambos casos, y como medida de intervención, se deriva a tratamiento psicológico y, muchas veces, psiquiátrico, de manera urgente, junto a otras medidas: la prohibición de acercamiento, la evitación de realizar actos molestos (llamadas, intimidaciones, amenazas, mensajes de texto), la derivación al dispositivo "botón antipático", ronda de patrullaje policial, entre otras. Estas medidas tienen un plazo de 180 días, y el juez del Juzgado de Familia, luego de las entrevistas, recibe el informe del ETI, con el análisis de dicha intervención, y con sus respectivas sugerencias con respecto a las medidas de protección. Luego de estas dos primeras entrevistas, se realizan a los 60 días, aproximadamente, dos en-

(14) HOLTZWORTH-MUNROE, A. — MEEHAN, J.C. — HERRON, K. — Rehman, U. y Stuart, G.L., "Testing the Holtzworth-Munroe and Stuart (1994) batterer typology", 2000, Journal of Consulting and Clinical Psychology, 68, 1000-1019.

Thomson Reuters

trevistas individuales de control, para evaluar el cumplimiento de las medidas dispuestas.

Se toman estas medidas porque se deduce que la víctima necesitará de manera inmediata un proceso terapéutico que le permita redefinir el concepto de amor, cuidado y respeto, debido a que, si bien logró denunciar la agresión, todavía es probable que no sea consciente del vínculo disfuncional y que intente justificarlo para conservarlo, atribuyéndose la culpa y minimizando la responsabilidad del agresor. Por lo que es probable que, luego de haber realizado la denuncia, sea ella quien le solicite retomar el vínculo (por el grado de dependencia hacia con el agresor). Esta conducta de arrepentimiento (de haber realizado la denuncia) refuerza el vínculo patológico, cronificando la agresión. Por otra parte, el agresor, ante la pérdida, el abandono de su pareja, se siente mucho más vulnerable, y es por esta sensación que buscará convencerla para retomar la relación, prometiéndole cambios conductuales que no podrá cumplir, debido su cuadro psicopatológico.

Durante la entrevista con el ETI, el agresor tiende a demostrar, con una actitud narcisista, sus habilidades sociales superficiales, intentará manipular y convencer de su compromiso por resolver el conflicto, negando lo denunciado con la presentación de pruebas (testigos, fotos, audios) que confirmen su discurso verborrágico y autorreferencial. Expondrá los defectos personales de la víctima, y su supuesta solidaridad y compasión por ellos.

Por su parte, la denunciante (víctima), confundida entre las agresiones de quien ama y teme y su estado emocional (angustia, miedo, ansiedad, ambivalencia), presenta dificultades al narrar las agresiones, que, para ella, son normales, y que producto de la manipulación del agresor, es ella la responsable de estas.

VIII. Conclusión y tratamiento

Por lo antes expuesto, se deduce que es importante evitar la reconciliación "inmediata" de la víctima con su agresor, y en ambas partes deben realizar un tratamiento psicoterapéutico, con objetivos clínicos diferentes.

El proceso que debe hacer la mujer deberá focalizarse en la valoración del riesgo con medidas de autoprotección, aprender a percibir el maltrato (en sus diferentes formas) para dejar de naturalizarlo, reconocimiento el ciclo de la violencia e identificarse en él, empoderarse (trabajar su autoestima, independencia, autoeficacia), insertarse en ámbitos sociales para recibir contención afectiva (grupos de apoyo, familia) y aprender habilidades sociales y desarrollar habilidades sociales asertivas que le permitan reintegrarse a su contexto laboral, deberá trabajar su sintomatología clínica (depresión, ansiedad, trastorno por estrés postraumático), también las ideas disfuncionales de roles de género, entre otras cosas.

Por otro lado, el agresor deberá realizar otro trabajo terapéutico, con los siguientes objetivos: aprender a controlar los impulsos y sus emociones (ira, enojo, frustración), deberá trabajar sus distorsiones cognitivas y creencias disfuncionales con respeto al género para lograr un cambio en actitudes sexistas y desarrollar pautas de comportamiento que respeten la igualdad de género, desarrollar empatía con la víctima y trabajar su sintomatología clínica (ideas delirantes, obsesiones, celos, etc.). Asimismo, es preciso evitar la reincidencia, y para lograrlo, hay que elaborar un plan de prevención de recaídas.

Por la falta de tratamiento psicoterapéutico, las parejas retoman su vínculo, cronificando su disfuncionalidad. De esta manera, el ciclo de la violencia se reduce a la violencia constante (física, psicológica, sexual y patrimonial), sin periodos de luna de miel y con aislamiento social, reduciendo así la posibilidad de pedir ayuda por parte de la víctima, quién creerá que nadie la ayudará, sintiendo culpa y vergüenza. En muchos casos, ocurre que la víctima logra romper el vínculo con el agresor, sobre todo cuando recibe contención afectiva por parte de su familia y amigos. En otros casos, cuando se abandona el proceso terapéutico, puede pasar que, luego de un periodo de distanciamiento, la pareja retoma el vínculo, por lo que nuevamente realizará la segunda denuncia y el proceso se repite; o cuando existe aislamiento social, escasa contención afectiva y escasos recursos personales, culturales y económicos, ocurre el peor de los escenarios: el suicidio o el feminicidio.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

LEGISLACIÓN

Thomson Reuters

Thomson Reuters

RESOLUCIÓN CONJUNTA 2 (M.S.) y 2 (M.D.S.)

Coronavirus (COVID-19) – Aprobación de las "Recomendaciones y Medidas Específicas para Evitar la Propagación del COVID-19 en Barrios Populares y Cuidado de Adultos Mayores".

Fecha: 17/04/2020

Publicación: B.O. 18/04/2020

VISTO:

El Expediente N° EX-24382614-APN-DD#MSYDS, las Ley N° 27.541, el Decreto 260 del 12 de marzo de 2020, Decreto 297 del 19 de marzo del 2020, la Resolución N° 627/20 del Ministerio de Salud de la Nación y,

CONSIDERANDO:

Que el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 amplió la emergencia pública en materia sanitaria en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19 y que mediante el Decreto N° 297/2020, el PODER EJECUTIVO NACIONAL dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria.

Que en ese marco, el inciso 1° del artículo 2° del Decreto N° 260, faculta al MINISTERIO DE SALUD a disponer las recomendaciones y medidas a adoptar respecto de la situación epidemiológica, a fin de mitigar elimpacto sanitario; y el artículo 14 establece la actuación del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en el marco de la emergencia.

Que el aislamiento preventivo, social y obligatorio establecido por el Decreto N° 297/20, es una medida extrema y determinante para controlar la potencial transmisión del virus entre las personas, y demanda desarrollar estrategias de abordaje territorial específicas para ser implementadas en barrios populares con altos niveles de hacinamiento y manifiestas dificultades para llevarla adelante.

Que, además, en ese contexto territorial y social las personas mayores de 60 años que presentan un riesgo elevado para ocurrencia de formas graves de COVID-19 y adicionalmente tienen alta prevalencia de comorbilidades, quedan aún más expuestas a contagiarse.

Que, ante esta situación deviene imperativo el trabajo articulado de las autoridades de gobierno en todos sus niveles y en el ámbito de sus competencias, con el objeto de coordinar esfuerzos en aras de proteger la salud de la población y minimizar los efectos perjudiciales de esta situación epidemiológica en la REPÚBLICA ARGENTINA.

Que las Direcciones Generales de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE SALUD y del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL han tomado la intervención que les compete.

Que la presente medida se dicta en virtud de las facultades previstas en la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por Decreto N° 438/92) y sus normas modificatorias, y complementarias, la Ley N° 27.541, y los Decretos N° 260/20 y su modificatorio N° 287/20, el Decreto N° 297/20 y la Resolución N° 627/20 del MINISTERIO DE SALUD.

Por ello:

El Ministro de Salud y el Ministro de Desarrollo Social resuelven:

Art. 1° - Apruébense las "RECOMENDACIONES Y MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA EVITAR LA PROPAGACIÓN DEL COVID-19 EN BARRIOS POPULARES Y CUIDADO DE ADULTOS MAYORES", que como ANEXO I (IF-2020-25824744-APN-SAS#MS) forma parte integrante de la presente Resolución.

Art. 2° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETIN OFICIAL.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - González García - Arroyo.

ANEXO

Recomendaciones y medidas específicas para evitar la propagación del COVID-19 en barrios populares y cuidado de adultos mayores

Considerando que mediante el Decreto N° 260/2020, el PODER EJECUTIVO NACIONAL amplió

Thomson Reuters

la emergencia pública en materia sanitaria en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19 y que mediante el Decreto N° 297/2020, el PODER EJECUTIVO NACIONAL dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, entendiendo que las medidas de aislamiento y distanciamiento social revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto de sanitario del COVID-19 los Ministerios de Desarrollo Social y Salud de la Nación elaboraron una serie de recomendaciones orientadas a mitigar la propagación del COVID-19 en comunidades en situación de vulnerabilidad social, protegiendo particularmente a los adultos mayores de los barrios populares

Abordaje comunitario

Es necesario un conjunto de estrategias organizadas a nivel local/territorial para intentar minimizar la circulación del nuevo Coronavirus en barrios populares con altos niveles de hacinamiento y manifiestas dificultades para llevar adelante el aislamiento domiciliario, que en caso de incumplirlo implicaría un riesgo aún mayor.

En esa lucha todos los niveles del Estado serán relevantes y en el caso de los barrios en situación vulnerable los municipios tendrán un papel central.

Por eso, es conveniente que los municipios articulen esfuerzos con las instituciones religiosas, organizaciones sociales, clubes de barrio, escuelas y Centros de Atención Primaria que tienen presencia en esos territorios.

La prioridad es lograr el mayor cuidado posible de las personas de 60 años y mayores.

Medidas especiales

Primero, hay que establecer en cada barrio qué familias y adultos mayores tienen posibilidades de lograr el aislamiento domiciliario y cuáles no. Se necesita optimizar el aislamiento de adultos mayores y personas con factores de riesgo. Es necesario el relevamiento barrial que permita detectar aquellas personas que presenten mayores niveles de vulnerabilidad

Segundo, las recomendaciones que acompañan las medidas requieren ser adaptadas a la realidad de los barrios en dos fases. La primera, de emergencia, considerando aquellas personas que por características sanitarias y sociales, conllevan un mayor riesgo de complicaciones en caso de verse afectados por la enfermedad. La segunda implica jerarquizar problemas que puedan resolverse en plazos breves. Es importante recordar las recomendaciones dispuestas por el Ministerio de Salud de la Nación

Tercero, en todo barrio con altos niveles de hacinamiento deben implementar estrategias específicas para minimizarlo cumpliendo las recomendaciones sanitarias. Puede haber actividades donde se mantengan distancias prudenciales para transmitir información, recomendaciones adaptadas a esa realidad y circuitos de atención adaptados a la situación. Mientras dure la cuarentena es muy importante que cualquier actividad sea realizada por personas del propio barrio.

Cuarto, allí donde sea posible sería positivo ofrecerles a los mayores de 60 años que no tengan posibilidad de aislamiento domiciliario, soluciones comunitarias de aislamiento.

Debe realizarse en cada barrio un abordaje comunitario para protegerlo de la entrada del virus, observando con atención las entradas y salidas de la comunidad.

En contextos de hacinamiento es más riesgoso el ingreso y salida de personas del barrio, que ciertas formas de circulación interna que resguarden las medidas de distanciamiento.

Recomendaciones específicas

Comité de Emergencia local. Se recomienda:

- La conformación - por parte de los gobiernos municipales - de un Comité de emergencia local, con la participación de los actores sociales relevantes en el territorio (movimientos sociales barriales, organizaciones de la sociedad civil, entidades vecinales, religiosas, clubes), junto con representantes de organismos provinciales de salud, educación, política social, géneros y seguridad que intervienen a nivel local.

- Se recomienda que este Comité cuente con una coordinación del Ejecutivo municipal y se promueva un esquema de planificación asociada.

- Entre las funciones que se recomiendan para este Comité se encuentran la planificación, e instrumentación de medidas con seguimiento a nivel local y barrial de la emergencia socio sanitaria, teniendo en cuenta las particularidades de los territorios, y las necesidades de los barrios populares y de sus familias.

- Teniendo en cuenta la densidad de población y el territorio se pueden formar mesas o subcomités a nivel barrial y/o por localidad. Para ello se sugiere la organización en cada barrio, Puntos de Integración Comunitaria (PIC) donde se pueda establecer mesas

Thomson Reuters

de coordinación barrial donde los distintos actores puedan integrar la respuesta sanitaria, social y red de contención afectiva de los más vulnerables.

- Detectar, ubicar y registrar aquellas personas con mayor vulnerabilidad sanitaria y social, estableciendo criterios para implementar acciones de cuidado en función del riesgo sanitario y social.

- Establecer estrategias para la composición, organización e implementación de una red de apoyo y contención para adultos mayores y familias vulnerables. Las instituciones y actores de la red deberían estar registrados y definidas las personas a cargo a fin de poder acompañar el proceso, evaluar las necesidades y poder ser insumos para generar respuestas por parte de los PIC.

- Asegurar la provisión de insumos de higiene personal y domiciliaria, y de los alimentos necesaria para permitir que aquellas personas con mayor riesgo y vulnerabilidad puedan permanecer en su domicilio o en el lugar designado el mayor tiempo posible maximizando el cuidado y manteniendo el distanciamiento físico.

Comedores Comunitarios

Se recomienda:

- Asegurar y fortalecer cuando corresponda el servicio alimentario comunitario entregando viandas y/o módulos alimentarios evitando la permanencia en los locales según las capacidades y posibilidades de cada organización y de la situación local en particular.

- Implementar estrategias para minimizar la aglomeración de personas permitiendo el distanciamiento social, y sobre todo desarrollar medidas para continuar entregando alimentos a adultos mayores y a los más vulnerables, sin necesidad de concurrir a los comedores o merenderos. Para lo cual se sugiere la entrega espaciada de bolsones de alimentos, en lugar de entrega diaria.

- Disponer del Protocolo de Higiene y Seguridad para el funcionamiento de Comedores y/o Merenderos Comunitario con el objeto de informar sobre la intensificación de los procedimientos de limpieza y desinfección de los comedores y merenderos, el mobiliario y los equipamientos afectados a las actividades. Los procedimientos de limpieza y desinfección deberían llevarse a cabo de la siguiente manera:

Limpieza húmeda

La forma sugerida es siempre la limpieza húmeda con trapeador o paño, en lugar de la limpieza seca (escobas, cepillos, etc). Un procedimiento sencillo es la técnica de doble balde y doble trapo:

- Preparar en un recipiente (balde 1) una solución con agua tibia y detergente de uso doméstico suficiente para producir espuma.

- Sumergir el trapo (trapo 1) en la solución preparada en balde 1, escurrir y friccionar las superficies a limpiar.

Siempre desde la zona más limpia a la más sucia.

- Repetir el paso anterior hasta que quede visiblemente limpia.

- Enjuagar con un segundo trapo (trapo 2) sumergido en un segundo recipiente (balde 2) con solución de agua con detergente.

Desinfección de las superficies

Una vez realizada la limpieza de superficies se procede a su desinfección.

Con esta solución pueden desinfectarse las superficies que estén visiblemente limpias o luego de su limpieza. Esta solución produce rápida inactivación de los virus y otros microorganismos

- El proceso es sencillo y económico ya que requiere de elementos de uso corriente: agua, recipiente, trapeadores o paños, hipoclorito de sodio de uso doméstico (lavandina con concentración de 55 gr/litro):

- Colocar 10 ml. de lavandina de uso doméstico en 1 litro de agua.

- Sumergir el trapeador o paño en la solución preparada, escurrir y friccionar las superficies a desinfectar.

- Dejar secar la superficie.

- El personal de limpieza debe utilizar equipo de protección individual adecuado para limpieza y desinfección.

- Garantizar la provisión de suministros y las medidas de salud y seguridad, a los efectos de generar adecuadas condiciones para brindar el servicio alimentario tanto para los titulares de derecho como para los colaboradoras y colaboradores. Estas personas deberían ser menores de 60 años, preferentemente adultos jóvenes (entre 20 y 35 años) con entrenamiento básico en manipulación de alimentos

- Que las personas encargadas de la atención de dichos comedores y merenderos estén adecuadamente

Thomson Reuters

identificada para asegurar su circulación en el barrio y dispongan de un permiso de circulación para ser presentada a la autoridad competente, junto con la identificación del merendero y/o comedor al cual se encuentra destinado, días y horarios de atención, el domicilio de residencia actual de cada persona. Estimulando que siempre que sea posible sean del barrio

- Promover la organización por turnos para el retiro de las viandas, apuntando a que los adultos mayores y personas con mayor riesgo no entren en contacto con niños y adolescentes.

- Evaluar la posibilidad de realizar entregas en los domicilios de adultos mayores desde los comedores y/merenderos

Ver Recomendaciones para La Manipulación Higiénica De Alimentos. file:///C:/Users/juanm/Downloads/0000001472cnt-covid19-recomendaciones-manipulacion-higienica-alimentos.pdf)

Ver Recomendaciones para la limpieza domiciliaria y productos de uso domiciliario activos file:///C:/Users/juanm/Downloads/0000001470cnt-20200403-recomendaciones-productos-limpiezadomiciliaria%20(1).pdf

Detección de adultos mayores y alta vulnerabilidad en barrios populares

Se recomienda que cada Comité de Emergencia Local en coordinación con el s sector de salud local organice junto a los PIC de cada barrio la estrategia y medidas de prevención, detección, traslado y eventual atención de los vecinos y vecinas del barrio, y especialmente de los adultos mayores y familias con alta vulnerabilidad

Prevención

Se propone que cada barrio pueda detectar y jerarquizar aquella población con mayor vulnerabilidad, considerando que todo mayor de 60 años presenta un riesgo aumentado de desarrollar formas graves. La utilización de herramientas sencillas para la evaluación de niveles de vulnerabilidad para ser instrumentadas por los propios colaboradores y colaboradoras de cada uno de los PIC permite evaluar fácilmente algunos aspectos esenciales en la determinación de aquellos que necesitan de mayor cuidado.

La identificación de los vecinas y vecinas más vulnerables permitirá que desde cada PIC se pueda determinar medidas de cuidado y la red de apoyo adecuada para brindar la protección más adecuada, priorizando en todo momento extremar las medidas de distanciamiento social de esta población y garantizando una red afectiva y cuidado adecuada. Para aquellas personas en situación de riesgo que necesitan soluciones comunitarias de aislamiento por déficits habitacionales, utilizando bases de datos municipales, de organizaciones sociales e información de las redes comunitarias y/o barriales, que no cuenten con vivienda en condiciones para cumplir con el aislamiento social adecuado se puede considerar el alojamiento en grandes espacios, siempre y cuando las condiciones sean las adecuadas y el vecino/vecina decida alojarse en esos ámbitos.

Una alternativa posible puede ser que esos recursos habitacionales sean destinados a los trabajadores y trabajadoras que deben salir y regresar al barrio diariamente y conviven con adultos mayores o personas con comorbilidades. De esta manera se disminuye la posibilidad de transmisión vinculada a la movilidad de aquellas personas que son sostén de hogar. Esta medida propone que ya por el alojamiento de aquellos con mayor riesgo o aquellos trabajadores y trabajadoras que deban salir y reingresar al barrio, pero convivan con adultos mayores, puedan contar con instancias para realizar el aislamiento y medidas de mitigación de la transmisión

Se aconseja identificar a nivel local alternativas de infraestructura comunitaria adecuadas para mantener a las personas y/o familias en situación de riesgo y/o con casos sospechosos de coronavirus en aislamiento preventivo y facilitar equipamiento e insumos de higiene para su acondicionamiento. Por ejemplo, podrían establecerse acuerdos respecto de la utilización de la infraestructura de iglesias, clubes de barrios.

Ver Recomendaciones para la utilización de selección de grandes espacios como dispositivos de aislamiento en contexto de COVID-19 http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001880cnt-covid-19_recomedanciones-selecciongrandes- espacios.pdf

Detección de casos sospechosos

La detección de casos sospechosos siempre será realizada por personal del equipo de salud, pero puede ser evaluada por a través de colaborados y colaboradas con capacitación adecuada y mediante el uso de algoritmos o encuestas telefónicas. El Comité Local de Emergencia podrá disponer de un sistema telefónico gratuito que permita evaluar las consultas y coordinar con el PIC la necesidad de evaluación y la forma eventual de traslado a centro sanitario si se considera necesaria la evaluación en un centro salud.

En caso de necesitar de traslado se sugiere la de traslado más adecuada según el contexto y la situación. Se deberá articular con los sistemas de emer-

Thomson Reuters

gencia de cada jurisdicción para planificar una estrategia de traslado en caso de pacientes sospechosos y la identificación de los convivientes

Identificar y acompañar a las personas que pueden estar atravesando alguna situación de violencia de género o problemática de salud mental (incluyendo el consumo problemático) y garantizar el acceso a la atención si lo requiere.

Comunicación y capacitación

La red de comunicación barrial es un recurso esencial para recordar aquellas acciones preventivas de cuidado individual, como también las acciones de prevención, organización y cuidado que se desarrollen desde los PIC.

Se aconseja que el mensaje sea definido en el Comité de Emergencia Local y replicado por los diferentes canales en cada uno de los barrios y por cada una de las organizaciones que integren cada PIC. Esta organización permite que la información adecuada transparente y oportuna, llegue a todos los barrios y sea de fuentes fidedignas, contraponiéndose a la desinformación o mala información.

Se propone el uso de todos los medios, priorizando el uso de medios virtuales, redes sociales y radios barriales y minimizando el uso de material gráfico. Se propone el uso mensajes grabados reproducidos por medio altoparlantes dispuestos en vehículos que recorran el barrio.

El espacio de comunicación de niñas, niños y adolescentes, es fundamental para integrarlos como protagonistas activos del cuidado de sí mismos, de la comunidad y sobre todo de los adultos mayores

Potenciar los canales de comunicación a través de:

- Grupos de Whatsapp de vecinas y vecinos del barrio para difusión de información.

- Circuitos locales

- Líderes comunitarios

- Radios comunitarias con mensajes barrio a barrio

La capacitación de referentes barriales, colaboradores y colaboradoras, promotores, agentes sanitarios, etc. Es fundamental para la prevenir la transmisión, proteger a los más vulnerables y advertir situaciones que necesiten la intervención de la red de apoyo del PIC o actores definidos del Comité de Emergencia Local. La estrategia de cuidado y protección debe ser integral, favoreciendo acciones virtuosas que promulguen la solidaridad y el cuidado de todos

Considerar la capacitación de aquellas personas que conviven con los adultos mayores y aquellos que conforman una red afectiva pero mantienen el distanciamiento social. La generación estrategias que permitan demostrar el afecto sin contacto físico, llamados telefónicos regulares, acercarse al domicilio para entregar medicamentos o alimentos, evitando ingresar al mismo pero entablando conversación, son aspectos que deben considerarse en el marco de la capacitación

Modalidad de acciones de vacunación

Cada barrio puede establecer la mejor estrategia de vacunación para lograr que se cumpla y se mantengan todas las recomendaciones de distancia. La programación de la vacunación de niños, niñas y adolescentes en días distintos a la vacunación de adultos mayores es una estrategia esencial. Habilitar lugares adecuados de vacunación de cada barrio y programar la asistencia de los vecinos y vecinas contemplando el distanciamiento social, el número de personas a vacunar por día, son instancias recomendadas para lograr una cobertura adecuada

Red de cuidado

Se sugiere que cada adulto mayor tenga establecido actores barriales que conforman su red de afecto y cuidado, y a través de estos se gestione desde cada PIC la provisión de alimentos, medicamentos y gestión de trámites. Definir quienes conforman esas redes permite coordinar acciones de prevención y fortalecer las instancias de cuidado. Los individuos que integran estas redes de cuidado pueden tener participación activa en el desarrollo de las estrategias de cada barrio y se sugiere formen parte de la red de colaboradores de cada PIC

Economía popular

- Debe recordarse que se encuentran exceptuadas en el artículo 6° del Decreto 297/2020, las siguientes actividades laborales:

- Obra pública.

- Comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas.

- Producción o distribución de alguna de las siguientes industrias: alimentación, higiene personal, limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. Por ejemplo, barbijos de tela, pañuelos y otros similares.

- Producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.

Thomson Reuters

- Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos.

- Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.

- Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones.

- Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización forestal y minera.

- Curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones, y fábricas de maquinaria vial y agrícola.

- Actividades vinculadas al comercio exterior: exportaciones de productos ya elaborados e importaciones esenciales para el funcionamiento de la economía.

- Exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible nuclear.

- Servicios esenciales de mantenimiento y fumigación.

- Mutuales y cooperativas de crédito, mediante guardias mínimas de atención, al solo efecto de garantizar el funcionamiento del sistema de créditos y/o de pagos.

- Inscripción, identificación y documentación de personas.

También las personas pueden trasladarse para la provisión de alimentos, medicamentos y elementos de higiene; asistencia a comedores comunitarios y/o merenderos; asistencia a paradores; razones de fuerza mayor debidamente acreditada; atención de personas con discapacidad; asistencia a familiares que la necesiten, y niñas, niños y adolescentes, adultos mayores.

En aquellos comercios de economía popular y agricultura familiar de venta al público deben seguirse las recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación, promoviendo el distanciamiento de las personas y siguiendo las acciones de cuidado, higiene y ventilación correspondientes.

DISPOSICIÓN 3 (S.G.A.P.D.)

Protección de datos personales – Creación de la Base de Datos denominada "COVID-19 Ministerio de Salud" – Norma complementaria de la ley 25.326 y de la decis. adm. 432 (J.G.M.).

Fecha: 05/05/2020

Publicación: B.O. 06/05/2020

VISTO:

El Expediente electrónico EX-2020-26141662--APN-DGSTYSI#JGM, la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326, el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y modificatorios, el Decreto N° 274 de fecha 16 de marzo de 2020, el Decreto N° 297 de fecha 19 de marzo de 2020 y modificatorios, la Decisión Administrativa N° 431 de fecha 22 de marzo de 2020, la Decisión Administrativa N° 432 de fecha 23 de marzo de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que por el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019, se aprobó el Organigrama de Aplicación de la Administración Pública centralizada hasta el nivel de Subsecretaría y los objetivos de dichas Unidades Organizativas, creándose la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA dependiente de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS DE LA NACIÓN, la que tiene dentro de sus objetivos, entre otros, los de diseñar, proponer y coordinar las políticas de innovación administrativa y tecnológica del ESTADO NACIONAL en sus distintas áreas, su Administración central y descentralizada, y determinar los lineamientos estratégicos y la propuesta de las normas reglamentarias en la materia y entender en el diseño de las políticas que promuevan la apertura e innovación y el gobierno digital, como principios de diseño aplicables al ciclo de políticas públicas en el Sector Público Nacional.

Que mediante el citado Decreto N° 50/19, se creó la SUBSECRETARÍA DE GOBIERNO ABIERTO Y PAÍS DIGITAL dependiente de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA DE LA JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, teniendo entre sus objetivos el de asistir en el desarrollo y coordinación de las políticas que promuevan la apertura e innovación y el gobierno digital y desarrollar y coordinar las políticas, marcos normativos y plataformas tecnológicas necesarias para el gerenciamiento de la información pública.

Que el Decreto del Poder Ejecutivo N° 87 de fecha 2 de febrero de 2017 creó la PLATAFORMA DIGITAL DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL con el objetivo de facilitar la interacción entre las personas y el Estado, unificar la estrategia de servicios y trámites en línea, brindando así la posibilidad de realizar trámites a través de las distintas herramientas y servicios insertos en la plataforma, como consultas, solicitud de

Thomson Reuters

turnos, credenciales digitales y acceso a información mediante diversos canales.

Que el mencionado Decreto N° 87/2017 facultaba al entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN (actual SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA) a dictar las normas operativas, aclaratorias, y complementarias que resulten necesarias para la implementación de lo establecido en el mencionado decreto y a elaborar los planes, protocolos, cronogramas de implementación, manuales y estándares, a ser aplicados por los organismos comprendidos en dicha medida.

Que en este sentido, mediante la Resolución del entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 332 de fecha 4 de julio de 2017 se aprobó el PROCEDIMIENTO DE ALTA, BAJA y MODIFICACIONES DE CUENTAS DE USUARIOS para el Portal Web General argentina.gob.ar que integra la PLATAFORMA DIGITAL DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL y los TÉRMINOS Y CONDICIONES del Portal Web General argentina.gob.ar

Que la mencionada Resolución delegó en la entonces SUBSECRETARÍA DE GOBIERNO DIGITAL (actual SUBSECRETARÍA DE GOBIERNO ABIERTO Y PAÍS DIGITAL) la facultad de dictar las normas operativas y complementarias a la misma.

Que, con fecha 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Que, desde entonces al día de la fecha, dichos guarismos se han ido acrecentando de un modo exponencial, siendo actualmente decenas los casos confirmados en nuestro país.

Que, en consecuencia, frente a un brote epidemiológico mundial, cuyas dimensiones y precisos alcances aún se desconocen, se adoptaron oportunamente medidas urgentes, enderezadas a poner los recursos del Estado al servicio de mitigar su propagación y su impacto sanitario.

Que, en tal sentido, se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° DECNU-2020-260-APN-PTE, de fecha 12 de marzo de 2020, mediante el cual se amplió, por el plazo de UN (1) año, el alcance de la emergencia pública en materia sanitaria declarada por el artículo 1° de la Ley N° 27.541, a fin de abarcar las medidas adoptadas y a adoptar con relación al coronavirus COVID-19.

Que, asimismo, atento la evolución de la pandemia y a los efectos de reducir las posibilidades de contagio, el Gobierno Nacional articuló un conjunto de medidas de diversa índole, entre las que cabe mencionar: DECNU-2020-274-APN-PTE (Prohibición de ingreso al territorio nacional), DECAD-2020-390-APN-JGM (Mecanismos para el otorgamiento de las licencias y el trabajo remoto); RESOL-2020-3-APN-SGYEP#JGM (Licencias Preventivas del Sector Público Nacional); RESOL-2020-568-APN-MS (Reglamentación del Decreto N° 260/20); RESOL-2020-567-APN-MS (Acción ante la Emergencia Sanitaria); RESOL-2020-108-APN-ME (Suspensión de clases en establecimientos educativos); RESOL-2020-103-APN-ME (Criterios de actuación ante la confirmación o aparición de casos), RESOL-2020-40-APN-MSG (Acciones ante la Emergencia Sanitaria), entre otras.

Que a su vez, por el Decreto N° 297/20 se dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo del corriente año. Ese plazo, por similares razones, fue prorrogado mediante el Decreto N° 325/20 hasta el día 12 de abril de este año, y luego hasta el 26 de abril de este año mediante Decreto N° 355/20.

Que en sintonía con ello, el artículo 10 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° DECNU-2020-260-APN-PTE estipula que: "El Jefe de Gabinete de Ministros coordinará con los distintos organismos del sector público nacional, la implementación de las acciones Decreto 260/2020 y políticas para el adecuado cumplimiento de las recomendaciones que disponga la autoridad sanitaria nacional, en el marco de la emergencia y de la situación epidemiológica..", mientras que de los artículos 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del referido decreto se desprende que en el marco de la aludida acción concertada, los MINISTERIOS DE SEGURIDAD, INTERIOR, DEFENSA, DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, EDUCACIÓN, DESARROLLO SOCIAL, TURISMO Y DEPORTES y TRANSPORTE deberán dar apoyo a las autoridades sanitarias, en el marco de sus respectivas competencias.

Que mediante Decisión Administrativa 431/2020, se dispuso que las jurisdicciones, entidades y organismos de la Administración Pública Nacional, de conformidad con lo establecido en los incisos a), b) y c) del artículo 8° de la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 deberán transferir, ceder, o intercambiar entre sí y bajo la supervisión de la "Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional" los datos e información que, por sus competencias, obren en sus archivos, registros,

Thomson Reuters

bases, o bancos de datos, con el único fin de realizar acciones útiles para la protección de la salud pública, durante la vigencia de la emergencia en materia sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20, con motivo de la pandemia por coronavirus COVID-19.

Que a través de la Decisión Administrativa 432/2020 se ha implementado la utilización de la aplicación denominada COVID 19-Ministerio de Salud tanto en sus versiones para dispositivos móviles Android o IOS, como en su versión web, accesible a través de https://argentina.gob.ar/coronavirus/app.

Que en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta necesario en esta instancia implementar una Base de Datos en los términos del artículo 22 de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, con radicación y administración en el ámbito de la SUBSECRETARÍA DE GOBIERNO ABIERTO Y PAÍS DIGITAL, y que tiene por finalidad almacenar los datos generados mediante la aplicación informática "COVID-19 Ministerio de Salud", en el marco de la pandemia COVID-19.

Que la aplicación que por la presente se aprueba cumple con lo dispuesto en la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326.

Que ha tomado intervención a DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA.

Que, la presente medida se dicta en virtud de las facultades conferidas por el artículo 5° de la Resolución N° 332/17 del entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN.

Por ello:

El Subsecretario de Gobierno Abierto y País Digital dispone:

Art. 1° - Créase la Base de Datos denominada "COVID-19 Ministerio de Salud", cuyas características se detallan en el Anexo (IF-2020-26051444- -APN-SSGAYPD#JGM), en los términos del artículo 22 de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, con la finalidad de centralizar los datos recabados por la Aplicación denominada COVID 19-Ministerio de Salud, implementada a través de la Decisión Administrativa N° 432/2020 tanto en sus versiones para dispositivos móviles Android o IOS, como en su versión web, accesible a través de https://argentina.gob.ar/coronavirus/app.

Art. 2° - Inscríbase la Base de Datos aprobada en el artículo 1° conforme lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326.

Art. 3° - La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Gazzo Huck.

ANEXO

BASE DE DATOS "COVID-19 Ministerio de Salud "

Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326

ARTICULO 22. — (Archivos, registros o bancos de datos públicos)

a) Características y finalidad del archivo;

La BASE DE DATOS "COVID-19 Ministerio de Salud" (en adelante, la "Base de Datos") receptará por parte de sus usuarios/as datos vinculados con su estado de salud a través de una autoevaluación propuesta por la herramienta informática, relacionada con los síntomas de COVID19, con la finalidad de obtener información útil en el marco de la pandemia.

b) Personas respecto de las cuales se pretenda obtener datos y el carácter facultativo u obligatorio de su suministro por parte de aquéllas;

La Base de Datos contendrá datos personales de los usuarios de la Aplicación COVID-19 Ministerio de Salud (en adelante "App COVID-19 Ministerio de Salud"). El suministro de datos es facultativo, según lo establecido en la Decisión Administrativa N° 432 de fecha 23 de marzo de 2020.

Asimismo, en virtud del artículo 3° de la citada Decisión Administrativa N° 432/2020, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, ente descentralizado en la órbita del MINISTERIO DEL INTERIOR DE LA NACIÓN, requerirá previamente al ingreso al país a los viajeros y las viajeras que regresen desde el exterior, la adhesión a la Aplicación COVID 19-Ministerio de Salud, debiendo ponerlos en conocimiento de las Bases y Condiciones de utilización de la misma.

c) Procedimiento de obtención y actualización de los datos;

Los datos son proporcionados directamente por los usuarios de la APP COVID 19- Ministerio de Salud, con excepción de la información relativa a la georeferenciación, que son obtenidos en forma automática desde sus dispositivos móviles.

d) Estructura básica del archivo, informatizado o no, y la descripción de la naturaleza de los datos personales que contendrán;

Thomson Reuters

La Base de Datos es informatizada y su estructura está confirmada por los siguientes campos:

	Nombre del campo	Característica del campo	Forma de obtención
1	Domicilio declarado por el usuario	Alfanumérico	Proporcionada por el usuario
2	Documento Nacional de Identidad	Numérico	Proporcionada por el usuario
3	Edad	Numérico	Proporcionado por el usuario
4	Correo electrónico	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
5	Teléfono celular	Numérico	Proporcionado por el usuario
6	Si posee estado febril	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
7	Si posee tos	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
8	Si posee dolor de garganta	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
9	Si está embarazada	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
10	Si padece cáncer	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
11	Si padece diabetes	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
12	Si padece enfermedad hepática	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
13	Si padece enfermedad renal crónica	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
14	Si padece enfermedad respiratoria	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
15	Si padece enfermedad cardiológica	Alfanumérico	Proporcionado por el usuario
16	Georreferenciación	Numérico	Automático

e) Las cesiones, transferencias o interconexiones previstas;

Las cesiones podrán realizarse desde la Subsecretaría de Gobierno Abierto y País Digital de la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación hacia las jurisdicciones, entidades y organismos de la Administración Pública Nacional, de conformidad con lo establecido en los incisos a), b) y c) del artículo 8° de la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, en los términos del artículo 1° de la Decisión Administrativa N° 431/2020.

En todos los casos las cesiones se realizarán únicamente en el contexto de la emergencia sanitaria declarada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y en el marco de las competencias que deban ejercer los organismos cesionarios. Siempre que sea posible los datos se cederán en forma disociada.

f) Órganos responsables del archivo, precisando dependencia jerárquica en su caso;

Thomson Reuters

El órgano responsable es la Subsecretaría de Gobierno Abierto y País Digital de la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación.

g) Las oficinas ante las que se pudiesen efectuar las reclamaciones en ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión.

Subsecretaría de Gobierno Abierto y País Digital de la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, sita en Avda. Pte. Roque Sáenz Peña 511, primer piso de la Ciudad de Buenos Aires.

RESOLUCIÓN 1 (C.I.D.H.)

Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

Fecha: 10/04/2020

Publicación: Copia oficial

PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS

A. INTRODUCCIÓN

Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el COVID-19, ante la cual las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad.

Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del COVID-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad.

Además, la región se caracteriza por altos índices de violencia generalizada y especialmente violencia por razones de género, de raza o etnia; así como por la persistencia de flagelos tales como la corrupción y la impunidad. Asimismo, en la región prevalece por parte de los ciudadanos y ciudadanas el ejercicio del derecho a la protesta social, en un contexto de represión mediante el uso desproporcionado de la fuerza, así como de actos de violencia y vandalismo; graves crisis penitenciarias que afectan a la gran mayoría de los países; y la profundamente preocupante extensión del fenómeno de la migración, del desplazamiento forzado interno, de personas refugiadas y apátridas; así como la discriminación estructural en contra de grupos en situación de especial vulnerabilidad.

En este contexto, la pandemia supone desafíos aún mayores para los Estados de las Américas, tanto en términos de políticas y medidas sanitarias, como en capacidades económicas, que permitan poner en marcha medidas de atención y contención que resultan urgentes y necesarias para proteger efectivamente a sus poblaciones, acordes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A su vez, la pandemia genera impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para ciertos colectivos y poblaciones en especial situación de vulnerabilidad, por lo que se torna esencial la adopción de políticas para prevenir eficazmente el contagio, así como de medidas de seguridad social y el acceso a sistemas de salud pública que faciliten el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible; a fin de brindar a las poblaciones en situación de vulnerabilidad la atención integral de la salud física y mental, sin discriminación.

Asimismo, los sistemas de salud de los Estados de la región se han visto o pueden verse, aún más, desbordados frente a la magnitud de la pandemia del COVID-19, en particular respecto de quienes viven en la pobreza y para quienes no tienen cobertura médica, en caso de que necesiten atención médica u hospitalización.

A la fecha no se tiene conocimiento de intervenciones farmacéuticas viables para luchar contra el COVID-19 y muchos países han introducido medidas de contención que incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e interna-

Thomson Reuters

cional, así como orientaciones preventivas de higiene personal y comunitaria.

En cuanto a las medidas de contención con el fin de enfrentar y prevenir los efectos de la pandemia, la CIDH ha observado que se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado "estados de emergencia", "estados de excepción", "estados de catástrofe por calamidad pública", o "emergencia sanitaria", a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios. Asimismo, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos de forma masiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el apoyo de sus Relatorías Especiales sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y sobre Libertad de Expresión, en ejercicio de su mandato, adopta la presente resolución con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

B. PARTE CONSIDERATIVA

I. El derecho humano a la salud y otros DESCA en el contexto de las pandemias

Considerando que, si bien existen impactos sobre todos los derechos humanos frente a los diversos contextos ocasionados por la pandemia, especialmente en relación al derecho a la vida, la salud e integridad personal, se ven seriamente afectados el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación, al agua y a la vivienda, entre otros DESCA.

Subrayando que los contextos de pandemia y sus consecuencias acentúan la importancia del cumplimiento y observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente aquéllas referidas a los DESCA, en las decisiones económicas y políticas adoptadas por los Estados, sea individualmente o como integrantes de instituciones multilaterales de financiamiento u órganos internacionales.

Recordando que, en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, incluyendo la aplicación extraterritorial de dicha obligación, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia.

Recordando que en el contexto específico de pandemia, los Estados tienen el deber de incentivar la investigación aplicada, la innovación y la difusión de nuevas tecnologías científicas directamente aplicables a la lucha contra la propagación del patógeno y, muy especialmente, al descubrimiento de nuevas alternativas de tratamiento del mismo, incluso compatibilizando la protección integral de la vida humana con reglas y procedimientos que regulen la propiedad intelectual sobre tales tecnologías y hallazgos.

Recordando que los Estados del hemisferio han reconocido la alta relevancia de la protección de los DESCA como condición esencial para la democracia, el Estado de Derecho y el desarrollo sostenible; y que la salud es un derecho humano reconocido en el corpus iuris internacional de los derechos humanos.

Observando que las pandemias tienen el potencial de afectar gravemente el derecho a la salud directa e indirectamente, por el riesgo sanitario inherente en la transmisión y adquisición de la infección, la exposición sobre el personal de salud y la alta incidencia en la organización social y los sistemas de salud, saturando la asistencia sanitaria general.

Destacando que la salud es un bien público que debe ser protegido por todos los Estados y que el derecho humano a la salud es un derecho de carácter inclusivo, que guarda correspondencia con el goce de otros derechos, que comprende sus determinantes básicos y sociales como el conjunto de factores que condicionan su efectivo ejercicio y disfrute. Que el contenido del derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, que este derecho incluye la atención de salud oportuna y apropiada, así como los elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, bienes e instalaciones de salud, incluyendo los medicamentos y los beneficios del progreso científico en esta área, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Subrayando que los contextos de pandemia y sus consecuencias, incluyendo las medidas de contención implementadas por los Estados, generan serios impactos en la salud mental como parte del derecho a la salud de la población, particularmente respecto de ciertas personas y grupos en mayor riesgo.

Observando que la generalidad de las personas trabajadoras, en especial las que viven en situación de pobreza o con bajos salarios, dependen por definición de sus ingresos económicos laborales para su

Thomson Reuters

subsistencia y tomando en cuenta, que existen ciertas categorías de trabajos que exponen especialmente a las personas a mayores riesgos de ver afectados sus derechos humanos por la pandemia y sus consecuencias, tales como personas trabajadoras de la salud, producción y distribución de alimentos, limpieza, cuidado, trabajadores rurales, informales o precarizados, entre otros.

II. Estados de excepción, libertades fundamentales y Estado de Derecho

Teniendo en cuenta que la Democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos, y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los sistemas democráticos de los Estados, la Comisión reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia.

Reconociendo que, en determinadas circunstancias, con el objeto de generar adecuada distancia social, puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos como el de reunión y la libertad de circulación en espacios tangibles, públicos o comunes que no sean indispensables para el abastecimiento de insumos esenciales o para la propia atención médica.

Considerando con especial preocupación que mediante la restricción o limitaciones a los derechos se pueden generar impactos en el goce de otros derechos de manera desproporcionada en determinados grupos y que, por lo tanto, se hace necesaria la adopción de medidas positivas de protección adicionales para estos grupos, ante la evidencia de que se han suscitado restricciones al trabajo de la prensa y detenciones arbitrarias de periodistas y personas defensoras de derechos humanos en el marco de la cobertura de la pandemia.

Reconociendo el rol crítico de la prensa, el acceso universal a Internet a través de las fronteras, la transparencia y el acceso a la información pública respecto de la pandemia y las medidas que se adoptan para contenerla y enfrentar las necesidades básicas de la población, así como la preservación de la privacidad y la protección de datos personales de las personas involucradas.

III. Grupos en situación de especial vulnerabilidad

Recordando que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas.

Teniendo en particular consideración que en el contexto de pandemia, por lo general, los cuidados de las personas enfermas o necesitadas de especial atención recaen fundamentalmente en las mujeres, a expensas de su desarrollo personal o laboral, existiendo un escaso nivel de institucionalización y reconocimiento social o económico para tales tareas de cuidados que en tiempo de pandemia se vuelven aún más necesarios y exigentes.

IV. Cooperación internacional e intercambio de buenas prácticas

Destacando que toda política pública con enfoque de derechos humanos para la prevención, atención y contención de la pandemia requiere un abordaje amplio y multidisciplinario a partir del fortalecimiento de mecanismos de cooperación internacional entre Estados.

Resultando urgente avanzar en la coordinación regional y global para enfrentar la crisis de la pandemia del COVID-19, a fin de lograr eficacia de manera regional, global y sostenible en las políticas públicas y medidas de distinta naturaleza que se adopten.

Destacando la importancia de contar con el apoyo, la participación y cooperación de personas y grupos de la sociedad civil, como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, y del sector privado, para que los esfuerzos de los Estados en el ámbito de las acciones de prevención, contención y tratamiento de la pandemia sean eficaces y oportunas.

Resaltando que la cooperación que brindan los organismos regionales y universales como la CIDH, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), o agencias y órganos especializados de las Naciones Unidas, a través de sus mecanismos, resulta clave en

Thomson Reuters

la coordinación de esfuerzos y acciones conjuntas con los Estados en el marco de la crisis de la pandemia del COVID-19.

Manifestando la voluntad y disposición de la CIDH y sus Relatorías Especiales para brindar asistencia técnica a los Estados, los organismos regionales, las organizaciones sociales y otras instituciones para el fortalecimiento institucional y la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas orientadas a combatir la pandemia en las Américas con enfoque de derechos humanos sobre la base de los estándares interamericanos e internacionales pertinentes.

C. PARTE RESOLUTIVA

En virtud de lo anterior, en ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos formula las siguientes recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros:

1. Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia. Tales medidas deberán de ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), así como con las recomendaciones emitidas por la OMS y la OPS, en lo que fueran aplicables.

2. Adoptar de manera inmediata e interseccional el enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen. Estas deben estar apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad, particularmente de los DESCA.

3. Guiar su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales:

a. Los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben cumplirse de buena fe y tomando en cuenta los estándares interamericanos y las normas de derecho internacional aplicables.

b. El deber de garantía de los derechos humanos requiere que los Estados protejan los derechos humanos atendiendo a las particulares necesidades de protección de las personas y que esta obligación involucra el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

c. El deber de respetar los derechos humanos comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal, es decir, requiere que cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público se abstenga de violar los derechos humanos.

d. Ante las circunstancias actuales de la pandemia del COVID-19, que constituyen una situación de riesgo real, los Estados deben adoptar medidas de forma inmediata y de manera diligente para prevenir la ocurrencia de afectaciones al derecho a la salud, la integridad personal y la vida. Tales medidas deben estar enfocadas de manera prioritaria a prevenir los contagios y brindar un tratamiento médico adecuado a las personas que lo requieran.

e. El objetivo de todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad; la inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al Estado de Derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados.

f. Las medidas que los Estados adopten, en particular aquéllas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios «pro persona», de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

g. Aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos – tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad– dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

Thomson Reuters

Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

4. Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCA, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud; así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.

5. Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCA, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales, deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical.

6. Asegurar el diseño de un plan de actuación que guíe los procedimientos a seguir para la prevención, detección, tratamiento, control y seguimiento de la pandemia con base en la mejor evidencia científica y el derecho humano a la salud. Estos procedimientos deben ser transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos.

7. Instrumentar espacios oportunos de participación social para la evaluación de los impactos y resultados de las medidas adoptadas, que permitan gestionar los ajustes necesarios desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo, establecer espacios de diálogo nacionales con participación de personas expertas independientes, las instituciones nacionales de derechos humanos y el sector privado.

8. Velar por una distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, sean públicos o privados, asegurando la atención de las personas con COVID-19 y los grupos desproporcionalmente afectados por la pandemia, así como personas con enfermedades preexistentes que las hacen especialmente vulnerables al virus. La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales.

9. Asegurar el acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias necesarias para enfrentar los contextos de pandemia, particularmente poniendo atención al uso de estrategias, como la aplicación de cláusulas de flexibilidad o excepción en esquemas de propiedad intelectual, que eviten restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos y vacunas, abuso de uso de patentes o protección exclusiva a los datos de prueba.

10. Asegurar la disponibilidad y provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos, así como la disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrentar este tipo de situaciones de emergencia sanitaria.

11. Mejorar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud mental sin discriminación ante los efectos de los contextos de pandemia y sus consecuencias, lo que incluye la distribución equitativa de tales servicios y bienes en la comunidad, particularmente de las poblaciones que se ven más expuestas o en mayor riesgo a verse afectadas, tales como personas profesionales de salud, personas mayores o personas con condiciones médicas que requieren atención específica de su salud mental.

12. Garantizar el consentimiento previo e informado de todas las personas en su tratamiento de salud en el contexto de las pandemias, así como la privacidad y protección de sus datos personales, asegurando un trato digno y humanizado a las personas portadoras o en tratamiento por COVID-19. Está prohibido someter a las personas a pruebas médicas o científicas experimentales sin su libre consentimiento.

13. Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCA el con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa, incluyendo el diseño de planes y compromisos concretos para aumentar sustantivamente el presupuesto público para garantizar el derecho a la salud.

Thomson Reuters

14. Asegurar que, en los casos excepcionales que fuera inevitable adoptar medidas que limiten algún DESCA, los Estados deben velar porque tales medidas estén plena y estrictamente justificadas, sean necesarias y proporcionales, teniendo en cuenta todos los derechos en juego y la correcta utilización de los máximos recursos disponibles.

15. Integrar medidas de mitigación y atención enfocadas específicamente en la protección y garantía de los DESCA dado los graves impactos directos e indirectos que contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas les pueden generar. Las medidas económicas, políticas o de cualquier índole que sean adoptadas no deben acentuar las desigualdades existentes en la sociedad.

16. Asegurar la existencia de mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la justicia ante posibles violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESCA, en el contexto de las pandemias y sus consecuencias, incluyendo abusos por parte de actores privados y actos de corrupción o captura del Estado en perjuicio de los derechos humanos.

17. Asegurar que las instituciones multilaterales de financiamiento e inversión en las que los Estados hacen parte implementen garantías específicas para proteger los derechos humanos en sus procesos de evaluación de riesgo y sistemas de operación relativos a proyectos de inversión o préstamos monetarios que se den en el contexto de respuesta a la pandemia y sus consecuencias sobre los derechos humanos, en particular de los DESCA.

18. Suspender o aliviar la deuda externa y las sanciones económicas internacionales que pueden amenazar, debilitar o impedir las respuestas de los Estados para proteger los derechos humanos frente a contextos de pandemia y sus consecuencias. Ello a fin de facilitar la adquisición oportuna de insumos y equipo médico esencial y permitir el gasto público de emergencia prioritario en otros DESCA, sin poner en mayor riesgo todos los derechos humanos y los esfuerzos avanzados por otros Estados en esta coyuntura, dada la naturaleza transnacional de la pandemia.

19. Exigir y vigilar que las empresas respeten los derechos humanos, adopten procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los derechos humanos, particularmente por los efectos que los contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas suelen generar sobre los DESCA de las poblaciones y grupos en mayor situación de vulnerabilidad y, en general, sobre las personas que trabajan, las personas con condiciones médicas sensibles y las comunidades locales. Las empresas tienen un rol clave que desempeñar en estos contextos y su conducta debe guiarse por los principios y reglas de derechos humanos aplicables.

Estados de excepción, restricciones a las libertades fundamentales y Estado de Derecho

20. Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud.

21. Asegurar que en caso de establecerse un estado de excepción: i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

22. Asegurar que ninguna medida de excepción sea, en sí misma o por sus efectos, discriminatoria y contraria al derecho internacional. Un estado de excepción no debe ser utilizado para generar propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

23. Abstenerse de suspender el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos.

Thomson Reuters

24. Abstenerse de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal.

25. Abstenerse de suspender aquellas garantías judiciales indispensables, como el recurso de amparo y hábeas corpus, que son idóneas para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, y para controlar las actuaciones de las autoridades en el contexto de los estados de excepción.

26. Asegurar que la proclamación de un estado de excepción sea realizada de conformidad con el marco constitucional y demás disposiciones que rijan tal actuación, y que se identifiquen expresamente los derechos cuyo pleno goce será limitado, así como el ámbito temporal y geográfico que justifica tal excepción.

27. Informar inmediatamente, en casos de suspensión de los derechos humanos, a los demás Estados partes de la Convención Americana, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, sobre las disposiciones cuya aplicación haya sido suspendida, los motivos que hayan suscitado la suspensión y la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. La Comisión recomienda a los Estados que no son parte de dicho tratado la adopción de dicha práctica, como salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión y como medio idóneo de solidaridad y cooperación entre los Estados miembros respecto de las medidas que pueden ser adoptadas para enfrentar la emergencia.

28. Asegurar que cualquier restricción o suspensión adoptada tenga sustento en la mejor evidencia científica y considere, de manera previa a su adopción y durante su implementación, los particulares efectos que puede tener sobre los grupos más vulnerables con el fin de asegurar que su impacto no sea especialmente desproporcionado mediante la adopción de las medidas positivas que resulten necesarias. Asimismo, toda decisión y medida que sea adoptada en este contexto debe considerar de manera especialmente relevante, la perspectiva de género, interseccional, lingüística e intercultural.

29. Asegurar la existencia de medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten en una situación de emergencia. Las autoridades deben evaluar permanentemente la necesidad de mantener la vigencia de cada una de las medidas temporales de suspensión o restricción adoptadas.

30. Abstenerse de restringir el trabajo y la circulación de las y los periodistas y personas defensoras de derechos humanos que cumplen una función central durante la emergencia de salud pública, con el objeto de informar y monitorear las acciones del Estado. Los Estados no deben incluir a los comunicadores en las restricciones de circulación y tienen la obligación de permitir el acceso a las conferencias de prensa oficiales a todos los medios, sin discriminación por línea editorial, a excepción de las medidas necesarias y proporcionales para proteger la salud. Al mismo tiempo, los Estados deben respetar la reserva de sus fuentes informativas y evaluar la situación particular de riesgo de los periodistas y trabajadores de la comunicación, establecer medidas de bio protección adecuadas y facilitarles acceso prioritario a evaluar su propio estado de salud.

31. Garantizar que defensoras y defensores de derechos humanos puedan realizar su labor de defensa e información en el contexto de la pandemia. Abstenerse de perseguir o detener a las y los defensores de derechos humanos por la vigilancia que realizan respecto de la actuación del Estado ante la pandemia y frente a las eventuales vulneraciones a los derechos fundamentales, lo que incluye no someterles a procesos civiles o penales por sus opiniones, no detenerles con base en el uso de figuras penales amplias o ambiguas, ni exponerles al riesgo de sufrir ataques físicos o virtuales.

32. Respetar la prohibición de censura previa y abstenerse de bloquear total o parcialmente sitios de medios de comunicación, plataformas o cuentas particulares en Internet. Garantizar el acceso más amplio e inmediato al servicio de Internet a toda la población y desarrollar medidas positivas para reducir de manera rápida la brecha digital que enfrentan los grupos vulnerables y con menores ingresos. No se puede justificar la imposición de restricciones al acceso a Internet por motivos de orden público o seguridad nacional.

33. Asegurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el COVID-19 y no establecer limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público. Los órganos que garantizan este derecho y los sujetos obligados deben otorgar prioridad a las solicitudes de acceso a la información relacionadas con la emergencia de salud pública, así como informar proactivamente, en formatos abiertos y de manera accesible a todos los grupos en situación de vulnerabilidad, de forma desagregada sobre los impactos de la pandemia y los gastos de emergencia, desagregados de acuerdo con las mejores prácticas internacionales. En los casos de postergación de los plazos de solicitudes de información en asuntos no vinculados a la pandemia, los Estados deberán fundamentar la negativa, establecer un

Thomson Reuters

espacio temporal para cumplir la obligación y admitir la apelación de estas resoluciones.

34. Asegurar que cualquier responsabilidad ulterior que se pretenda imponer por la difusión de información u opiniones, basada en la protección de los intereses de salud pública –aun de manera temporal–, se establezca por ley, de modo proporcional al interés imperioso que la justifica y se ajuste estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

35. Observar un especial cuidado en los pronunciamientos y declaraciones de los funcionarios públicos con altas responsabilidades respecto de la evolución de la pandemia. En las actuales circunstancias, constituye un deber que las autoridades estatales informen a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica. También, deben recordar que están expuestos a un mayor escrutinio y a la crítica pública, aun en períodos especiales. Los gobiernos y las empresas de Internet deben atender y combatir de forma transparente la desinformación que circula respecto de la pandemia.

36. Proteger el derecho a la privacidad y los datos personales de la población, especialmente de la información personal sensible de los pacientes y personas sometidas a exámenes durante la pandemia. Los Estados, prestadores de salud, empresas y otros actores económicos involucrados en los esfuerzos de contención y tratamiento de la pandemia, deberán obtener el consentimiento al recabar y compartir datos sensibles de tales personas. Solo deben almacenar los datos personales recabados durante la emergencia con el fin limitado de combatir la pandemia, sin compartirlos con fines comerciales o de otra naturaleza. Las personas afectadas y pacientes conservarán el derecho a cancelación de sus datos sensibles.

37. Asegurar que, en caso de recurrir a herramientas de vigilancia digital para determinar, acompañar o contener la expansión de la epidemia y el seguimiento de personas afectadas, éstas deben ser estrictamente limitadas, tanto en términos de propósito como de tiempo, y proteger rigurosamente los derechos individuales, el principio de no discriminación y las libertades fundamentales. Los Estados deben transparentar las herramientas de vigilancia que están utilizando y su finalidad, así como poner en marcha mecanismos de supervisión independientes del uso de estas tecnologías de vigilancia, y los canales y mecanismos seguros para recepción de denuncias y reclamaciones.

38. Garantizar que no se realicen detenciones arbitrarias durante la vigencia de estados de emergencia o restricciones a la circulación de las personas, y que toda detención cuente con el debido control judicial, de conformidad con los estándares.

Grupos en especial situación de vulnerabilidad

39. Considerar los enfoques diferenciados requeridos al momento de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los grupos en situación de especial vulnerabilidad al momento de adoptar medidas de atención, tratamiento y contención de la pandemia del COVID-19; así como para mitigar los impactos diferenciados que dichas medidas puedan generar.

40. Promover desde las más altas autoridades la eliminación de estigmas y estereotipos negativos que puedan surgir sobre ciertos grupos de personas a partir del contexto de pandemia.

Personas mayores

41. Incluir prioritariamente a las personas mayores en los programas de respuesta a la pandemia, especialmente en el acceso a las pruebas de COVID-19, al tratamiento oportuno, al acceso a medicamentos y a los cuidados paliativos necesarios, garantizándose que brinden su consentimiento previo, pleno, libre e informado y teniendo en cuenta situaciones particulares como la pertenencia a pueblos indígenas o afrodescendientes.

42. Adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir los contagios de COVID-19 de la población mayor en general y en particular de quienes se encuentren en residencias de larga estancia, hospitales y centros de privación de libertad, adoptando medidas de ayuda humanitaria para garantizarles la provisión de alimentos, agua y saneamiento y estableciendo espacios de acogida para personas en situación de pobreza extrema, calle o abandono o situación de discapacidad.

43. Reforzar en este contexto las medidas de monitoreo y vigilancia contra la violencia hacia personas mayores, ya sea a nivel intrafamiliar, en residencias de larga estancia, hospitales o cárceles, facilitando la accesibilidad a los mecanismos de denuncia.

44. Supervisar que los protocolos médicos, las decisiones sobre recursos médicos y tratamientos en relación al COVID-19 sean implementados sin discriminación en razón de la edad y prestando especial atención a las personas mayores con discapacidad o condiciones crónicas y enfermedades, pacientes con VIH o sida, que requieren medicación y atención regular como pacientes de diabetes, hipertensión, demencia senil, alzhéimer, entre otras.

Thomson Reuters

45. Considerar en la implementación de medidas de contingencia el balance que debe existir entre la protección ante el COVID-19 y la necesidad particular de las personas mayores de conexión con sus familiares, para quienes se encuentran solos o en residencias de largo plazo, facilitando medios alternativos de contacto familiar como comunicación telefónica o por internet, teniendo en cuenta la necesidad de remediar la brecha digital.

Personas Privadas de Libertad

46. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

47. Asegurar que en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables.

48. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica.

49. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia. Asimismo, asegurar que toda medida que limite los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales, sea adoptada con especial cuidado y luego de un estricto juicio de proporcionalidad.

Mujeres

50. Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia, teniendo en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas, como la precariedad económica, la edad, la condición de migrante o desplazada , la condición de discapacidad, la privación de libertad, el origen étnico-racial, la orientación sexual, identidad y/o expresión de género, entre otras.

51. Asegurar la participación de mujeres en posiciones de toma de decisión en los comités y grupos de trabajo de respuesta a la crisis sanitaria del COVID-19, asegurando la incorporación de la perspectiva de género en el diseño, implementación, ejecución y monitoreo de las medidas y políticas adoptadas en respuesta a dicha crisis sanitaria. En particular, incorporar la perspectiva de género a partir un enfoque transversal teniendo en cuenta los contextos y condiciones que potencializan los efectos de la crisis, como la precariedad económica, la condición de migrante o desplazada, la privación de libertad, origen étnico-racial, entre otras.

52. Fortalecer los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento. Reformular los mecanismos tradicionales de respuesta, adoptando canales alternativos de comunicación y fortaleciendo las redes comunitarias para ampliar los medios de denuncia y órdenes de protección en el marco del periodo de confinamiento. Así como desarrollar protocolos de atención y fortalecer la capacidad de los agentes de seguridad y actores de justicia involucrados en la investigación y sanción de hechos de violencia intrafamiliar, así como llevar a cabo la distribución de materiales de orientación sobre el manejo de dichos casos en todas las instituciones estatales.

53. Ofrecer atención diferenciada a las mujeres profesionales de salud que trabajan en la primera línea de respuesta a la crisis sanitaria del COVID-19. En particular, ofrecer recursos adecuados a la ejecución de sus tareas, atención en salud mental, así como medios para reducir la carga doble de trabajo que tienen acumulando el rol profesional y las tareas de cuidado doméstico.

54. Garantizar la disponibilidad y continuidad de los servicios de salud sexual y reproductiva durante la crisis de la pandemia, incrementando, en particular, las medidas de educación sexual integral y de diseminación de información por medios accesibles y con lenguaje adecuado, con el objeto de alcanzar a las mujeres en su diversidad.

Pueblos indígenas

Thomson Reuters

55. Proporcionar información sobre la pandemia de forma en su idioma tradicional, estableciendo cuando sea posible facilitadores interculturales que les permita comprender de manera clara las medidas adoptadas por el Estado y los efectos de la pandemia.

56. Respetar de forma irrestricta el no contacto con los pueblos y segmentos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, dados los gravísimos impactos que el contagio del virus podría representar para su subsistencia y sobrevivencia como pueblo.

57. Extremar las medidas de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco de la pandemia del COVID-19, tomando en consideración que estos colectivos tienen derecho a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, que tome en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.

Personas migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas

58. Evitar el empleo de estrategias de detención migratoria y otras medidas que aumenten los riesgos de contaminación y propagación de la enfermedad generada por el COVID-19 y la vulnerabilidad de las personas en situación de movilidad humana como deportaciones o expulsiones colectivas, o cualquier forma de devolución que sea ejecutada sin la debida coordinación y verificación de las condiciones sanitarias correspondientes, garantizando las condiciones para que estas personas y sus familias puedan salvaguardar su derecho a la salud sin ninguna discriminación. En este sentido, se deben implementar rápidamente mecanismos para proporcionar la liberación de las personas que actualmente se encuentran en centros de detención.

59. Abstenerse de implementar medidas que puedan obstaculizar, intimidar y desestimular el acceso de las personas en situación de movilidad humana a los programas, servicios y políticas de respuesta y atención ante la pandemia del COVID-19, tales como acciones de control migratorio o represión en las cercanías de hospitales o albergues, así como el intercambio de información de servicios médico hospitalarios con autoridades migratorias con carácter represivo.

60. Garantizar el derecho de regreso y la migración de retorno a los Estados y territorios de origen o nacionalidad, a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados correspondientes, con atención a los protocolos sanitarios requeridos y considerando de manera particular el derecho de las personas apátridas de retornar a los países de residencia habitual, y garantizando el principio de respeto a la unidad familiar.

61. Implementar medidas para prevenir y combatir la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia, impulsando acciones de sensibilización a través de campañas y otros instrumentos de comunicación y elaborando protocolos y procedimientos específicos de protección y atención dirigidos a niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados, en especial, proveyendo los mecanismos específicos de asistencia a aquellas personas que se encuentran separadas o sin compañía.

62. Incluir expresamente las poblaciones en situación de movilidad humana en las políticas y acciones de recuperación económica que se hagan necesarias en todos los momentos de la crisis generada por la pandemia.

Niños, niñas y adolescentes

63. Reforzar la protección de niños, niñas y adolescentes (NNA) –incluyendo muy especialmente aquellos que no cuentan con cuidados familiares y que se encuentran en instituciones de cuidado–, y prevenir el contagio por el COVID-19, implementando medidas que consideren sus particularidades como personas en etapa de desarrollo y que atiendan de manera más amplia posible su interés superior. La protección debe, en la medida de lo posible, garantizar los vínculos familiares y comunitarios.

64. En cuanto al derecho a la educación, los Estados deben disponer de mecanismos que permitan a los NNA seguir con el acceso a la educación y con estímulos que su edad y nivel de desarrollo requieran. En particular, los Estados deben proveer herramientas para que los adultos responsables realicen actividades con sus niños y niñas, privilegiando el refuerzo de los vínculos familiares y previniendo la violencia en el hogar. Asegurar que las niñas y los niños con algún tipo de discapacidad, puedan acceder a la educación en línea sin exclusiones, mediante sistemas de apoyo, estrategias de comunicación y contenidos accesibles.

65. Adoptar medidas de prevención del abuso y violencia intrafamiliar, facilitando el acceso a los medios de denuncia y actuando con la debida diligencia ante las denuncias realizadas.

66. Respecto de las instituciones de cuidado residenciales, los Estados deben revisar las medidas especiales de protección vigentes promoviendo la revinculación familiar de los niños, niñas y adolescentes cuando sea posible y siempre que esta medida no

Thomson Reuters

sea contraria a su interés superior. Además, se debe asegurar acciones de prevención del contagio en estas unidades, además de establecer protocolos de emergencia orientadores para los equipos y personas que tengan niños a su cargo.

67. Dar atención especial a los niños, niñas y adolescentes, que viven en la calle o en zonas rurales. Las medidas de atención especial deben considerar las condiciones económicas y sociales y, además, considerar que los efectos de la pandemia son diferenciados para cada grupo poblacional de NNA debido al contexto social en que están insertados, incluida la brecha digital. La Comisión recomienda que los Estados usen de los medios de comunicación para garantizar el acceso a la educación a todos los NNA sin ningún tipo de discriminación.

Personas LGBTI

68. Garantizar la inclusión de las personas LGBTI, en particular las personas trans que se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda, en la formulación de políticas de asistencia social durante la pandemia –incluyendo acceso a vivienda y refugio seguros– así como en las eventuales medidas de reactivación económica.

69. Adoptar o fortalecer protocolos de atención en salud y sistema de denuncias para las personas LGBTI –incluyendo niños, niñas y adolescentes– que tomen en cuenta el prejuicio, la discriminación y la violencia en sus hogares en el contexto de distanciamiento social o cuarentena.

70. Adoptar o fortalecer políticas que garanticen el respeto a la identidad de género en el ámbito hospitalario y garantizar la continuidad de servicios médicos prestados a las personas trans.

71. Adoptar campañas de prevención y combate contra la homofobia, transfobia y discriminación basada en orientación sexual, garantizando la protección a los derechos de identidad de género, dirigidas especialmente a personal de salud y de seguridad del Estado que tenga a su cargo medidas de atención y contención de la pandemia.

Personas afrodescendientes

72. Prevenir los usos excesivos de la fuerza basados en el origen étnico-racial y patrones de perfilamiento racial, en el marco de los estados de excepción y toques de queda adoptados por la pandemia,

73. Implementar medidas de apoyo económico, bonos, subsidios, entre otros, para las personas afrodescendientes y comunidades tribales que se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema, y otras situaciones de especial vulnerabilidad en el contexto de la pandemia.

74. Incluir en los registros de personas contagiadas, hospitalizadas y fallecidas por la pandemia del COVID-19, datos desagregados de origen étnico-racial, género, edad y discapacidad.

75. Garantizar el acceso a servicios de salud pública integral de forma oportuna a personas afrodescendientes y comunidades tribales, incorporando un enfoque intercultural y garantizando a esta población información clara, accesible e inclusiva sobre los procedimientos médicos que se les practiquen.

Personas con discapacidad

76. Asegurar atención médica preferencial a las personas con discapacidad, sin discriminación, incluso en casos de razonamientos de recursos médicos.

77. Asegurar la participación de personas con discapacidad en el diseño, implementación y monitoreo de las medidas adoptadas frente a la pandemia del COVID-19.

78. Ajustar los entornos físicos de privación de la libertad y atención médica, tanto en instituciones públicas como en privadas, para que las personas con discapacidad puedan gozar de la mayor independencia posible y acceder a medidas como el aislamiento social y el lavado frecuente de manos, entre otras.

79. Adoptar los ajustes razonables y apoyos necesarios para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos en condiciones de igualdad en contextos de medidas de aislamiento o contención.

80. Adoptar estrategias accesibles de comunicación a fin de informar en formatos accesibles sobre evolución, prevención y tratamiento.

Cooperación internacional e intercambio de buenas prácticas

81. Dar cumplimiento efectivo al compromiso de adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para asegurar la realización del derecho a la salud, a otros DESCA y al conjunto de los derechos humanos, en el marco de contextos de pandemia y sus consecuencias, conforme a las reglas generales del derecho internacional e interamericano.

82. Alentar y promover el desarrollo de espacios amplios y efectivos de diálogo internacionales con el fin de establecer y consolidar canales de intercambio de buenas prácticas en materia de estrategias exitosas

Thomson Reuters

y políticas públicas con enfoque de derechos humanos, información oportuna, así como de desafíos y retos para enfrentar la crisis global provocada por la irrupción de la pandemia de COVID-19. Estos espacios deben propiciar particularmente la plena participación de los grupos y sectores más afectados por la pandemia, la sociedad civil, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, la academia y personas expertas o entidades especializadas en DESCA, salud pública y global, o derecho al desarrollo, entre otros.

83. Convocar al intercambio técnico y regional para el establecimiento de protocolos globales para el tratamiento de los datos e información referida a la pandemia a fin de uniformar las estadísticas que se relevan en la materia; alentando a la sociedad civil a aunar esfuerzos regionales a través de la promoción y el encuentro en espacios de articulación y diálogo internacional.

84. Promover mecanismos de cooperación técnica como herramientas para facilitar la realización de acciones conjuntas con los Estados, así como manifestar su disposición para brindar asistencia técnica en las materias pertinentes para garantizar la implementación del enfoque de derechos humanos en el marco de las políticas, acceso a fondos económicos que refuercen la protección de dichos derechos, planes y estrategias adoptadas para afrontar la crisis de la pandemia.

85. Emplear los mecanismos de promoción, protección y asistencia técnica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de sus Relatorías Especiales, como herramienta de asistencia y fortalecimiento de los esfuerzos estatales para hacer frente a los desafíos desatados por la crisis sanitaria.

DECISIÓN ADMINISTRATIVA 703 (J.G.M.)

Coronavirus (COVID-19) – Excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio y a la prohibición de circulación, vinculadas al traslado de niños, niñas o adolescentes al domicilio del progenitor no conviviente o referente afectivo.

Fecha: 01/05/2020

Publicación: B.O. 02/05/2020

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-29278713-APN-DAL#SENNAF, la Ley N° 27.541, los Decretos Nros. 260 del 12 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 325 del 31 de marzo de 2020, 355 del 11 de abril de 2020 y 408 del 26 de abril de 2020; y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto N° 260/20 se amplió, por el plazo de UN (1) año, la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el COVID-19.

Que a través del Decreto N° 297/20, a fin de proteger la salud pública, se estableció para todas las personas que habiten en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", cuya última prórroga fue dispuesta por el Decreto N° 408/20 hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive.

Que el PODER EJECUTIVO NACIONAL ha entendido que ante la falta de tratamiento antiviral efectivo, y la inexistencia de vacunas que prevengan el virus -circunstancia que reviste actualidad- las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio comportan un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19.

Que la restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública y se entiende temporaria y necesaria, razonable y proporcionada con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.

Que atento el tiempo transcurrido desde el dictado del Decreto N° 297/20 y sus sucesivas prórrogas y considerando la evaluación realizada acerca de la implementación del "aislamiento social, preventivo y obligatorio", deviene necesario el mejoramiento de la situación de las niñas, niños y adolescentes en beneficio de su interés superior.

Que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9, inciso 3, establece que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Que, además, dicho instrumento internacional, en su artículo 18, inciso 1, establece que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, niña y adolescente.

Thomson Reuters

Que en pos de alcanzar la igualdad de género, es un objetivo de este gobierno promover la corresponsabilidad social y familiar de los cuidados, visibilizando el trabajo y la responsabilidad que ello implica, así como la diversidad de familias que lo llevan adelante.

Que una distribución equitativa del trabajo de cuidado de niñas, niños y adolescentes reduce la desigualdad de géneros y aporta al bienestar de la sociedad.

Que el artículo 2°, inciso a), de la Resolución N° 132/20 del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL estableció que si al momento de entrar en vigencia la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase en un domicilio distinto al de su centro de vida, podía ser trasladado por única vez a éste o a donde resultase más adecuado a su interés superior para cumplir allí con la medida de aislamiento social mencionada.

Que, en caso de progenitores no convivientes, resulta necesario posibilitar que el progenitor o referente afectivo traslade al niño, niña o adolescente al domicilio del otro progenitor para continuar allí con el "aislamiento social, preventivo y obligatorio", y que dicho traslado pueda ser materializado con una frecuencia espaciada cada SIETE (7) días, ello así con miras a resguardar el vínculo afectivo de la niña, niño o adolescente con ambos progenitores, sin desatender las medidas adoptadas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL para hacer frente a la pandemia que afecta a la sociedad en su conjunto.

Que la presente medida se adopta a instancia de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que ha tomado la intervención de su competencia la autoridad sanitaria, de conformidad con lo previsto en la normativa vigente.

Que el servicio jurídico pertinente ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 100 incisos 1 y 2 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y por el artículo 6° del Decreto N° 297/20.

Por ello:

El Jefe de Gabinete de Ministros decide:

Art. 1° - A fin de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos en los términos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación, incorpórase al listado de excepciones al cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y a la prohibición de circular, a las personas involucradas en los siguientes supuestos:

a) Traslado de niños, niñas y adolescentes, al domicilio del otro progenitor o progenitora, o referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.

b) Si se trata de una familia monoparental, el progenitor o la progenitora podrá trasladar al niño, niña o adolescente al domicilio de un referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.

Art. 2° - Se encuentran habilitados para realizar los traslados previstos en la presente cualquiera de los progenitores o progenitoras, o referente afectivo, que esté conviviendo con el niño, niña o adolescente durante el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" regulado por Decretos Nros. 297/20, 325/20, 355/20 y 408/20 y sus eventuales prórrogas.

El traslado podrá realizarse UNA (1) vez por semana.

Las personas alcanzadas por este artículo deberán portar completa la declaración jurada aprobada por la Resolución N° 132/20 del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Art. 3° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Cafiero - González García - Arroyo - Gómez Alcorta.

RESOLUCIÓN 262 (M.D.S.)

Coronavirus (COVID-19) – Ingreso de progenitores o adultos responsables en compañía de sus hijos o niños a su cargo, a comercios de cercanía habilitados para su funcionamiento.

Fecha: 06/05/2020

Publicación: B.O. 08/05/2020

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-30169885-APN-DAL#SENNAF, la Ley N° 27.541, los Decretos Nros.

Thomson Reuters

260 del 12 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 325 del 31 de marzo de 2020, 355 del 11 de abril de 2020, 408 del 26 de abril de 2020; y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto N° 260/20 se amplió, por el plazo de UN (1) año, la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el COVID-19.

Que a través del Decreto N° 297/20, a fin de proteger la salud pública, se estableció para todas las personas que habiten en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", cuya última prórroga fue dispuesta por Decreto N° 408/20 hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive.

Que el Poder Ejecutivo Nacional, asesorado por especialistas, ha entendido que ante la falta de tratamiento antiviral efectivo, y la inexistencia de vacunas que prevengan el virus -circunstancia que reviste actualidad- las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio comportan un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19.

Que la restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública y se entiende temporaria y necesaria, razonable y proporcionada con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.

Que, sin perjuicio de lo anterior, por el artículo 6° del Decreto N° 297/20 se exceptuó del cumplimiento del "aislamiento social preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular a las personas afectadas a actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, y se estableció que los desplazamientos de las personas habilitadas debían limitarse al estricto cumplimiento de dichas actividades y servicios.

Que, entre las referidas excepciones, se encuentran los supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas (artículo 6°, inciso 11, Decreto N° 297/20).

Que corresponde a esta jurisdicción entender en la formulación de políticas destinadas a la infancia y la familia; en la promoción, protección, cuidado y defensa de los derechos de los niños y niñas y el desarrollo de la familia; y le compete la elaboración dirección y fiscalización de los regímenes relacionados con niños y niñas; todo ello siguiendo los lineamientos de los tratados internacionales en la materia a los que refiere el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, especialmente, los de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Que, de acuerdo con la Convención Internacional referida, los Estados partes se comprometen a que todas las medidas concernientes a niños y niñas que tomen las autoridades administrativas atiendan el interés superior del niño y sean adecuadas para asegurar al niño o niña la protección y cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

Que a partir de la experiencia recogida, se han realizado en la práctica diversas interpretaciones acerca del alcance de la excepción prevista en el inciso 11 del artículo 6 del Decreto N° 297/20. Algunas de esas interpretaciones han sido erróneas y han devenido en prácticas discriminatorias respecto de niños y niñas, así como de sus progenitoras, progenitores y cuidadores que se han visto impedidos de realizar algunas compras y trámites imprescindibles en establecimientos en las inmediaciones de sus hogares.

Que, en consecuencia, deviene necesario precisar que en caso de familias que no tengan la posibilidad de dejar a niños o niñas de hasta doce (12) años de edad, de acuerdo con el distingo efectuado por el artículo 25 del Código Civil y Comercial de la Nación respecto de las personas menores de edad, al cuidado de otro adulto responsable en ocasión de concurrir a los comercios de cercanía que se encuentran habilitados para funcionar, corresponde permitir su ingreso a dichos establecimientos, en compañía de los niños y las niñas a su cargo.

Que la presente medida se adopta a instancia de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia de este MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y para su elaboración se realizó consulta al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que el presente acto se dicta en virtud de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992) y sus normas modificatorias y complementarias, y de acuerdo a los Decretos Nros. 50/19, 260/20 y 297/20.

Por ello:

El Ministro de Desarrollo Social resuelve:

Thomson Reuters

Art. 1° - Las y los progenitores o la persona adulta responsable, se encuentran autorizados para ingresar con sus hijos e hijas, o niños o niñas que se encuentren a su cargo, de hasta doce (12) años de edad, a los comercios de cercanía habilitados para funcionar, de conformidad con las excepciones previstas en el ordenamiento vigente, siempre que no puedan dejarlos en el hogar al cuidado de otro adulto responsable.

Art. 2° - Comuníquese, etc. - Arroyo.

RESOLUCIÓN 6 (M. M. G. D.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Creación del "Observatorio de las Violencias y Desigualdades por Razones de Género".

Fecha: 12/02/2020

Publicación: B.O. 18/05/2020

VISTO:

El EX-2020-08454268- -APN-SSGA#MMGYD, la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus normas modificatorias y complementarias, las Leyes N° 26.485 y sus normas modificatorias, N° 27.499, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 del 11 de diciembre de 2019 y el Decreto N° 1011 del 19 de julio de 2010 y,

CONSIDERANDO:

Que nuestra Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 22 otorgó rango constitucional a la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", a través de la cual el Estado Nacional se comprometió a elaborar por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

Que en el año 1996, mediante la Ley N° 24.632, se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -"Convención de Belem do Pará"-.

Que conforme lo establece el inciso h) del artículo 8°, de la Convención citada en el considerando precedente, el ESTADO NACIONAL se comprometió a garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios.

Que, mediante el Decreto N° 7/2019 se modificó Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus modificatorias, y se creó el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, como respuesta al compromiso asumido con los derechos de las mujeres y diversidades, frente a toda forma de discriminación y violencia, y en pos de la construcción de una sociedad más igualitaria que promueva la autonomía integral de todas las personas, sin establecer jerarquías entre las diversas orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, siendo estos objetivos prioritarios de gobierno.

Que atento a la creación de este Ministerio y a las competencias asignadas por el artículo 23 ter de la Ley de Ministerios, a través del mentado Decreto N° 7/2019 se suprimió el organismo denominado INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJERES (INAM), el cual, conforme lo establecía el artículo 14 del Decreto N° 698/17, era continuador del entonces CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES.

Que por lo tanto, el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD es además el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la Ley N° 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y autoridad de aplicación de la Ley Micaela N° 27.499 de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres.

Que en tal entendimiento cabe advertir que mediante el artículo 1° del Decreto N° 1011/10, se aprobó la Reglamentación de la Ley N° 26.485, y por el artículo 2° se facultó al entonces CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES a dictar las normas complementarias y aclaratorias de dicha reglamentación.

Que en atención a lo expuesto y considerando lo previsto en el Decreto N° 7/2019, y el artículo 7° del Decreto N° 101 del 16 de enero de 1985 y sus modificatorias, debe entenderse que actualmente la titular del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNERO Y DIVERSIDAD se encuentra facultada para ejercer también la competencia prevista en el citado artículo 2° del Decreto N° 1011/2010.

Que en tal contexto normativo se destaca que mediante el artículo 12° de la Ley N° 26.485 y sus normas modificatorias, se creó el OBSERVATORIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES en el ámbito del entonces Consejo Nacional de la Mujer, destinado al

Thomson Reuters

monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

Que la misión de dicho Observatorio es el desarrollo de un sistema de información permanente que brinde insumos para el diseño, implementación y gestión de políticas públicas tendientes a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres encontrándose asignadas sus funciones en el artículo 14 de la Ley N° 26.485 y modificatorias.

Que no puede perderse de vista que conforme lo dispone el artículo 2° de la Ley N° 26.485, además de los aspectos referidos específicamente a la violencia contra las mujeres, es objeto de la ley promover y garantizar: la eliminación de la discriminación entre mujeres y hombres en todos los órdenes de la vida; las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.

Que en consonancia con tales objetivos legales, actualmente le compete a esta Cartera de Estado, por imperio de la Ley de Ministerios, la asistencia al Presidente de la Nación, y al Jefe de Gabinete de Ministros en orden a sus competencias, en todo lo inherente a las relaciones humanas respecto del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales en materia de políticas de género, igualdad y diversidad.

Que asimismo le compete a este Ministerio la función, en particular, de entender en el relevamiento, registro, producción, sistematización y análisis integral de la información estadística en materia de violencia y desigualdad por razones de género, y entender en el diseño e implementación de investigaciones y estudios de género, igualdad y diversidad para el desarrollo de las políticas públicas nacionales.

Que la creación del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD exige, por lo tanto, adecuar los instrumentos existentes con anterioridad a la misma, a los nuevos objetivos prioritarios de gobierno, dotándolos de las herramientas necesarias que les permitan alcanzar los mismos.

Que conforme surge de lo expuesto, existen múltiples aspectos derivados de la Ley N° 26.485 y de las actuales competencias de este Ministerio que por la especialidad de su materia y finalidad son inherentes a las funciones del OBSERVATORIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.

Que en tal contexto se estima pertinente como medida aclaratoria y de coordinación para asegurar el cumplimiento de las funciones de competencia de este Ministerio, la creación de un espacio superador del citado Observatorio, representativo de la realidad fáctica y normativa descripta, lo cual incluye los aspectos de desigualdad y diversidades.

Que ello contribuirá a una mejor y más eficiente prestación del servicio y ejercicio de las funciones de este Ministerio, sin que la medida genere mayores costos para esta jurisdicción.

Que ha tomado intervención el SERVICIO JURÍDICO PERMANENTE del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en el marco de lo ordenado por el artículo 8 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7/2019 y el artículo 7 del Decreto N° 50 del 19 de diciembre de 2019.

Que la presente se dicta en uso de las facultades previstas en la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus modificatorias y complementarias, la Ley N° 26.485 y sus modificatorias, el artículo 2° del Decreto N° 1011/2010, y el Decreto N° 15 de fecha 11 de diciembre de 2019.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelve:

Art. 1° - Créase en el ámbito del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD el "OBSERVATORIO DE LAS VIOLENCIAS Y DESIGUALDADES POR RAZONES DE GÉNERO".

Art. 2° - El OBSERVATORIO DE LAS VIOLENCIAS Y DESIGUALDADES POR RAZONES DE GÉNERO tendrá como objetivos:

1. Dirigir el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres creado por la Ley N° 26.485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales".

2. Sistematizar el análisis integral de la información estadística y de otra índole en materia de violencias y desigualdades por razones de género, y de otra índole, en la materia en la que es competente el Ministerio.

3. Ejecutar acciones de capacitación y asistencia técnica en materia de análisis y publicación de datos con perspectiva de género y cooperar con otras jurisdicciones y entidades del sector público nacional y subnacional.

Thomson Reuters

4. Participar en la elaboración y publicación de informes regulares y sistemáticos en materia de género, igualdad y diversidad.

5. Instrumentar el diseño y elaboración de un sistema de indicadores en materia de igualdad y diversidad, como así también en relación con las diversas modalidades y tipos de violencia por razones de género.

6. Coordinar acciones de fortalecimiento institucional y trabajo en red con los observatorios de violencia y desigualdad por razones de género que existan o puedan existir a nivel provincial o municipal.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Alcorta.

RESOLUCIÓN 4 (M. M. G. D.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Constitución de un Consejo Federal con carácter *ad honorem*.

Fecha: 30/01/2020

Publicación: B.O. 18/05/2020

VISTO:

El EX-2020-06391341-APN-SSGA#MMGYD, la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus normas modificatorias y complementarias, las Leyes N° 26.485 y sus modificatorias, N° 27.499, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 del 11 de diciembre de 2019 y el Decreto N° 1011 del 19 de julio de 2010 y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7/2019 se modificó Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus modificatorias, y se estableció que compete al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, entender en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales para prevenir, erradicar y reparar la violencia por razones de género y para asistir integralmente a las víctimas en todos los ámbitos en que se desarrollan las relaciones interpersonales.

Que asimismo, surge de dicha norma que es competencia de este Ministerio coordinar con otros ministerios y con los gobiernos provinciales, de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y municipales para asegurar la transversalización de las políticas de género, igualdad y diversidad y entender en la suscripción de convenios con organismos nacionales, gobiernos provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Municipios y/o instituciones de la sociedad civil, para el desarrollo de políticas en materia de políticas de género, igualdad y diversidad.

Que también se atribuyó a esta Cartera de Estado la facultad de entender y coordinar con otras áreas de gobierno y jurisdicciones el diseño e implementación de campañas de comunicación y cultura destinadas a la visibilización de las problemáticas de género, igualdad y diversidad.

Que conforme surge de los considerandos del citado Decreto N° 7/2019, la creación del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD responde al compromiso asumido con los derechos de las mujeres y diversidades, frente a toda forma de discriminación y violencia, y en pos de la construcción de una sociedad más igualitaria que promueva la autonomía integral de todas las personas, sin establecer jerarquías entre las diversas orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, siendo estos objetivos prioritarios de gobierno.

Que atento a la creación de este Ministerio y a las competencias asignadas, se suprimió el organismo denominado INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJERES (INAM), el cual, conforme lo establecía el artículo 14 del Decreto N° 698/17, era continuador del CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES.

Que, por lo tanto, el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD es el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la Ley N° 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y autoridad de aplicación de la Ley Micaela N° 27.499 de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres.

Que, en tal entendimiento, conforme surge de la Ley N° 26.485 y sus normas modificatorias, es también responsabilidad de este Ministerio articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de dicha norma, con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal.

Que asimismo, corresponde a este Ministerio, promover en las distintas jurisdicciones la creación de servicios de asistencia integral y gratuita para las mujeres que padecen violencia; desarrollar programas de asistencia técnica para las distintas jurisdicciones destinados a la prevención, detección precoz, asistencia temprana, reeducación, derivación interins-

Thomson Reuters

titucional y a la elaboración de protocolos para los distintos niveles de atención y diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional, en los que se establezcan los indicadores básicos aprobados por todos los Ministerios y Secretarías competentes, independientemente de los que determine cada área a los fines específicos, y acordados en el marco de los Consejos Federales con competencia en la materia.

Que adicionalmente, es competente este Ministerio para desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados —como mínimo— por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la mujer que padece violencia y el hombre que la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, y sanciones impuestas a la persona violenta, así como diseñar y publicar una Guía de Servicios en coordinación y actualización permanente con las distintas jurisdicciones, que brinde información sobre los programas y los servicios de asistencia directa-

Que el artículo 9° de la Ley N° 26.485 y sus normas modificatorias, estableció que para el logro de los objetivos de dicha norma, debía implementarse una línea telefónica gratuita y accesible en forma articulada con las provincias a través de organismos gubernamentales pertinentes, destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento sobre recursos existentes en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y asistencia a quienes la padecen; asimismo, estableció que la información recabada por las denuncias efectuadas a esta línea debe ser recopilada y sistematizada a fin de elaborar estadísticas confiables para la prevención y erradicación de las diversas modalidades de violencia contra las mujeres.

Que finalmente, mediante el indicado artículo 9° de la Ley 26.485 y sus normas modificatorias, se dispuso la necesidad de establecer y mantener un Registro de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia en coordinación con las jurisdicciones y celebrar convenios para el desarrollo de actividades preventivas, de control y ejecución de medidas de asistencia a las mujeres que padecen violencia y la rehabilitación de los hombres que la ejercen: así como promover en el ámbito comunitario el trabajo en red, con el fin de desarrollar modelos de atención y prevención interinstitucional e intersectorial, que unifiquen y coordinen los esfuerzos de las instituciones públicas y privadas.

Que mediante el artículo 1° del Decreto N° 1011/10, se aprobó la Reglamentación de la Ley N° 26.485, y por el artículo 2° se facultó al entonces CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES dependiente del CONSEJO NACIONAL DE COORDINACION DE POLITICAS SOCIALES de la PRESIDENCIA DE LA NACION a dictar las normas complementarias y aclaratorias de dicha la reglamentación.

Que en atención a lo expuesto y considerando lo previsto en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7/2019, debe entenderse que actualmente este Ministerio se encuentra facultado para ejercer la competencia prevista en el citado artículo 2° del Decreto N° 1011/2010.

Que en ese contexto, se destaca que es prioridad de este Ministerio promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, así como el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas en materia de prevención y erradicación de las violencias de género en todos sus tipos y modalidades, incluyendo además la asistencia y reparación a sus víctimas.

Que asimismo, son prioridad y objeto de este Ministerio el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales destinadas a igualdad y diversidad con el objetivo de impulsar la autonomía de las mujeres y las personas LGTBI+.

Que desde este Ministerio se impulsará la formación, investigación y el diseño de políticas que tengan como objetivo la promoción del cambio cultural que, como condición necesaria de la igualdad, debe generarse en la sociedad argentina.

Que para contribuir al cumplimiento de los objetivos reseñados, se considera necesario constituir un Consejo Federal en el ámbito del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, como una instancia de articulación, coordinación e intercambio entre el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y las áreas competentes en la materia de los gobiernos de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que el sistema político federal que ha adoptado nuestra República debe ser entendido, más allá del reparto de competencias de cada uno de los estados que componen el país, como una estructura en la que se articulan armónicamente las Provincias y el Gobierno Nacional. El Consejo Federal del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad será, precisamente, el ámbito institucional de encuentro y articulación federal para promover y lograr mutua información y consensos sobre los problemas y las soluciones en materia de políticas de género, igualdad y diversidad.

Thomson Reuters

Que la creación de este espacio dentro del Ministerio, tendrá carácter ad honorem y permitirá articular, coordinar y promover políticas de alcance federal. y elaborar insumos consensuados para las políticas públicas nacionales en la materia, que a su vez tengan en cuenta las particularidades y necesidades específicas de cada región para dar cumplimiento a las obligaciones del Estado Nacional en el avance y promoción de los derechos humanos de las Mujeres y las personas LGBTI+.

Que en este sentido, la coordinación y articulación a la que se tiende debe abarcar el desarrollo de los correspondientes estudios e investigaciones para poner en práctica estrategias comunes.

Que este espacio propiciará el intercambio de experiencias de políticas e iniciativas de gestión para promover la igualdad y garantizar los derechos de las Mujeres y de las Personas LGBTI+, trabajando en red y diseñando estrategias de fortalecimiento institucional de las áreas competentes en materia de género, igualdad y diversidad de los gobiernos subnacionales.

Que ha tomado intervención el SERVICIO JURÍDICO PERMANENTE del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en el marco de lo ordenado por el artículo 8 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7/2019 y el artículo 7 del Decreto N° 50 del 19 de diciembre de 2019.

Que la presente se dicta en uso de las facultades previstas en el artículo 23 ter de la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus modificatorias y complementarias, la Ley N° 26.485 y sus modificatorias, el artículo 2° del Decreto N° 1011/2010 y el Decreto N° 15 de fecha 11 de diciembre de 2019.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelve:

Art. 1° - Constitúyese dentro del ámbito del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad un Consejo Federal con carácter ad honorem, que estará presidido por la Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación y al que serán convocados a participar los representantes de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en materia de género, igualdad y diversidad.

Art. 2° - La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad invitará a las máximas autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que designen a su representante y un suplente, procurándose que sean funcionarias/os con rango no menor a Ministra/o o equivalente y que se desempeñen en alguna de las carteras que tengan a su cargo las políticas de género, igualdad y diversidad.

Art. 3° - Serán funciones del Consejo Federal previsto en el artículo 1° de la presente medida:

a. Proponer políticas y líneas de acción comunes en materia de género, igualdad y diversidad, contemplando las problemáticas y particularidades regionales y territoriales.

b. Promover consensos y desarrollar diagnósticos que identifiquen las distintas necesidades según las jurisdicciones.

c. Establecer acuerdos para la coordinación y articulación de recursos y herramientas de gestión al servicio del fortalecimiento de las áreas de género, igualdad y diversidad de los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

d. Efectuar el seguimiento y la evaluación de los resultados e impactos de las políticas y acciones propuestas.

e. Dictar su reglamento interno.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta.

RESOLUCIÓN CONJUNTA 2 (M.S.), 2 (M.J. y D.H.) y 2 (M. M. G. D.)

Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad, de Seguridad, y de Justicia y Derechos Humanos de la Nación – Creación de Mesa Interministerial de trabajo para el diseño de un Programa Nacional de Abordaje Integral de las violencias extremas por motivos de género.

Fecha: 12/05/2020

Publicación: B.O. 15/05/2020

VISTO:

El Expediente EX-2020-26474825- -APN-DGA#MMGYD, las Leyes Nros. 26.485, 26.743, 26.791, 24.059 y sus modificatorias, N° 22.520 y sus modificatorias, la Resolución Nro. 1278 del MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN del 24 de noviembre de 2017, la Resolución Nro. 351 del MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN del 23 de abril de 2019, Resolución Nro. 999 del MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN del 5 de noviembre de 2019, y

Thomson Reuters

CONSIDERANDO:

Que nuestra Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 22 otorgó rango constitucional a la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", a través de la cual el Estado Nacional se comprometió a elaborar por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres.

Que, en el año 1996, mediante la Ley N° 24.632, se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -"Convención de Belem do Pará"-.

Que conforme lo establece el inciso b) del artículo 7° de la Convención citada en el considerando precedente, el Estado Nacional se comprometió a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

Que en tal contexto normativo, la Ley N° 26.485, establece dentro de sus objetivos el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres, así como promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y hombres en todos los órdenes de la vida; generar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos.

Que por su parte la Ley N° 26.743 establece el derecho al reconocimiento, trato, identificación y libre desarrollo de las personas conforme su identidad de género autopercibida.

Que la Ley N° 26.791, sancionada en 2012, reformó el artículo 80 del CÓDIGO PENAL para criminalizar de modo agravado ciertos homicidios especialmente relacionados con el fenómeno de la violencia de género. En particular, esta norma amplió la figura del homicidio calificado por el vínculo (inciso 1°) y el catálogo de crímenes de odio (inciso 4°) e incorporando a través del inciso 11° a los homicidios cometidos mediando violencia de género y el inciso 12° que comprende al agravante en casos de homicidio por odio y, en especial, por identidad de género o su expresión.

Que compete al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD entender en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales para prevenir, erradicar y reparar la violencia por razones de género y para asistir integralmente a las víctimas en todos los ámbitos en que se desarrollan las relaciones interpersonales (artículo 23 ter de la Ley N° 22.520).

Que, el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD es el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la Ley N° 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (artículo 8 de la Ley 26.485).

Que corresponde a esta cartera articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de la Ley 26.485 con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal, y con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y otras de la sociedad civil con competencia en la materia (artículo 9, inciso b de la ley antes citada).

Que compete al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, conforme a lo establecido en la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. Decreto N° 438/1992) y sus modificatorias, Decreto 50/2019 y concordantes, entender en la determinación de la política criminal y en la elaboración de planes y programas para su aplicación, así como para la prevención del delito.

Que, asimismo, la Ley 26.485 en su artículo 11 inciso 5.1, atribuye a esta cartera la promoción de la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia, de la articulación y cooperación entre las distintas instancias judiciales involucradas a fin de mejorar la eficacia de las medidas judiciales, así como fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como de la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos, difundiendo periódicamente los resultados.

Que, por Resolución N° 170/2008 de fecha 29 de febrero de 2008 se ratifica la vigencia y continuación del Programa "Las Víctimas contra las Violencias" en ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, y del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar, creado por Decreto N° 235/1996.

Que, dependiente de esa Cartera, en el marco de la Ley Nacional de Protección, Derechos y Garantías de las Víctimas de Delito N° 27.372 sancionada el 21 de junio de 2017 funciona el Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID).

Que compete al MINISTERIO DE SEGURIDAD, conforme a lo establecido en la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. Decreto N° 438/1992) y sus modificatorias

Thomson Reuters

y en la Ley de Seguridad Interior N° 24.059, resguardar la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y entender en la determinación de la política criminal y en la elaboración de planes y programas para su aplicación, así como para la prevención del delito.

Que por su parte, la Ley 26.485 en su art. 11, inciso 5.2 atribuye a esta cartera la promoción de la articulación de las fuerzas policiales y de seguridad que intervengan en la atención de la violencia contra las mujeres con las instituciones gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil.

Que, asimismo, esta cartera ha aprobado por Resolución Nro. 1278 del 24 de noviembre de 2017 la "GUÍA DE ACTUACIÓN PARA LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD PARA LA INVESTIGACIÓN DE FEMICIDIOS EN EL LUGAR DEL HECHO" con el objetivo de impartir lineamientos de acción con perspectiva de género que guíen el accionar policial en el lugar del hecho desde su función como agentes de prevención y como auxiliares de justicia a través de las divisiones científico periciales; instrumento de investigación que fue reeditado a la luz del Modelo de "PROTOCOLO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO" de la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU).

Que, a su vez, esta cartera tiene bajo su órbita, mediante Resolución Nro. 999 del 5 de noviembre de 2019, el PLAN NACIONAL DE SEGURIDAD PARA LA REDUCCIÓN DE FEMICIDIOS de vigencia 2019-2023, cuyo objetivo general consiste en reducir los femicidios en la República Argentina.

Que los femicidios, travesticidios y transfemicidios constituyen las formas más extremas de violencia por motivos de género como punto culminante en la confluencia de múltiples violencias, constituyéndose de esta manera en fenómenos que deben abordarse de manera coordinada, articulada e integral por parte de todas las carteras del Estado con competencia en la erradicación, prevención, protección y asistencia a la violencia por razones de género.

Que, en el marco de las acciones que las tres carteras del Estado llevan a cabo, es necesario impulsar, entonces, una única estrategia federal para el abordaje del fenómeno de los femicidios, travesticidios, transfemicidios y otros tipos de violencias extremas por motivos de género.

Que la presente medida no genera mayor erogación presupuestaria.

Que los servicios permanentes de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, MINISTERIO DE SEGURIDAD y del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS han tomado las intervenciones de sus competencias.

Que las suscriptas son competentes para el dictado de la presente medida en virtud de lo reglado en la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992) y sus modificatorias.

Por ello:

La Ministra de Seguridad, la Ministra de Justicia y Derechos Humanos y la Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelven:

Art. 1° - Créase una Mesa Interministerial de trabajo, integrada por representantes de los Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad, de Seguridad, y de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con el objeto de diseñar un Programa Nacional de Abordaje Integral de las violencias extremas por motivos de género, en un plazo de 60 días a partir de la firma de la presente, el que deberá contener las acciones propias de cada uno de los ministerios, como así también las que deban desplegar de manera conjunta estas carteras del Estado.

Art. 2° - Comuníquese, etc. - Frederic - Losardo - Alcorta.

Thomson Reuters

RESOLUCIÓN 2 (M.D.H. y H.)

Plan Integral de Cuidado de las Personas Mayores en la Ciudad de Buenos Aires en el marco de la Pandemia por COVID-19.

Fecha: 05/05/2020

Publicación: B.O. 08/05/2020

VISTO:

Las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, la Ley Nacional N° 27.541, los Decretos Nacionales de Necesidad y Urgencia N° 260/20, N° 297/20, N° 408/20 la Ley N° 6.292, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1/20; el Decreto N° 147/20 y EX-2020-12500593- -GCABA-SECISPM;

CONSIDERANDO:

Que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha declarado que el Coronavirus (COVID-19) se está propagando aceleradamente a nivel mundial y, a razón de ello, la ha catalogado como una pandemia;

Que se han adoptado diferentes medidas de prevención y control con el objeto de atender la situación epidemiológica y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población;

Que por el Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 260/20, el Poder Ejecutivo de la Nación, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley Nacional N° 27.541, por el plazo de Un (1) año a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto;

Que por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1/20 se declaró la Emergencia Sanitaria en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta el 15 de Junio de 2020 a los fines de atender y adoptar las medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del Coronavirus (COVID-19);

Que posteriormente, por el Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 408/20, se prorrogó la vigencia Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 297/20 que establece la medida de "Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio" y la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, a fin de prevenir la circulación y el contagio del virus Coronavirus (COVID-19) hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive;

Que en el marco de la pandemia y la mencionada emergencia sanitaria, se observa que la morbimortalidad afecta especialmente a los mayores de 70 años y a otros grupos de alto riesgo; En este contexto, el Estado se propone como objetivo mejorar o mantener el mejor bienestar posible de dichas personas en condiciones de riesgo, creando una red de cuidado donde la cooperación entre el Estado y la comunidad humanice y facilite el cumplimiento de estos objetivos.

Que a estos efectos deviene necesario implementar un plan integral conjunto de cuidado en red para los adultos mayores, que considere la integralidad de su salud física, psíquica y social;

Que la Ley N° 6.292 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que el Jefe de Gobierno es asistido en sus funciones por los Ministros, de conformidad con las facultades y responsabilidades que le confiere dicha ley;

Que corresponde al Ministerio de Salud asistir al Jefe de Gobierno en el diseño, planificación, ejecución y control de las políticas, planes y programas de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población, en el marco del Sistema Único e Integrado de Salud;

Que el Decreto 164/2020 establece entre las funciones de la Subsecretaría de Atención Primaria, Ambulatoria y Comunitaria la de diseñar las políticas de promoción, prevención y protección tendientes a disminuir la morbimortalidad, la incidencia de problemas de salud prevalentes y de alto riesgo dentro de la población;

Que, por su parte, en el marco de la precitada Ley de Ministerios, le corresponde al Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, entre otras competencias la de diseñar e implementar políticas referidas a la tercera edad, la juventud, la niñez y de género;

Que por Decreto N° 463/19 y modificatorios se aprobó la estructura orgánico funcional, dependiente del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contemplando a la Secretaría de Integra-

Thomson Reuters

ción Social para Personas Mayores, entre cuyas responsabilidades primarias se encuentra la de diseñar e implementar políticas para la asistencia integral, protección de derechos, inclusión social y acceso a nuevas tecnologías a las personas mayores;

Que en virtud de lo expuesto, resulta procedente desde las mencionadas carteras ministeriales con competencia en la materia, la toma de medidas enfocadas a la protección de los adultos mayores en distintas situaciones, teniendo en consideración la dimensión socio habitacional, así como la composición del grupo familiar de aquellos;

Que para ello, resulta factible aprobar el "Plan Integral de cuidado de las personas mayores en la Ciudad de Buenos Aires en el marco de la pandemia por Covid-19";

Por ello, y en uso de las facultades conferidas por la Ley N° 6292 y los Decretos N° 463/19 y 164/20,

El Subsecretario de Atención Primaria, Ambulatoria y Comunitaria del Ministerio de Salud del GCBA y el Secretario de Integración Social para Personas Mayores del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat resuelven:

Art. 1° - Apruébase el "PLAN INTEGRAL DE CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN EL MARCO DE LA PANDEMIA POR COVID-19" que como Anexo I (IF-2020-12919153-GCABA-SECISPM) forma parte integrante de la presente Resolución.

Art. 2° - Publíquese, etc. – Battistella – Costantino.

ANEXO I

PLAN INTEGRAL DE CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN EL MARCO DE LA PANDEMIA POR COVID-19

Este plan se encuentra en revisión permanente en función de la evolución y nueva información que se disponga de la pandemia en curso.

La pandemia del Covid 19 nos desafía a pensar prácticas integrales de cuidado para esta población que se describe como de alto riesgo por su morbimortalidad.

En el marco de la pandemia y de la emergencia sanitaria planteada por el SARS-CoV-2 se observa que la morbimortalidad afecta especialmente a los mayores de 70 años y a otros grupos de alto riesgo. Los datos disponibles de un estudio realizado en China revelan que la mortalidad en la franja de edad entre 60-69 años es de 3,6%, la mortalidad entre 70-79 años es del 8% y la mortalidad en los mayores de 80 años es del 14,8%.

Planteado el contexto, es necesario trabajar en un plan integral de cuidado en red de la persona mayor de 70 años que considere la integralidad de su salud física, psíquica y social. En este contexto, el Estado de la Ciudad se propone como objetivo mejorar o mantener el mejor bienestar posible. Pretendemos crear una red de cuidado donde la cooperación entre el Estado y la comunidad humanice y facilite el cumplimiento de estos objetivos.

El acceso a la red de cuidado (familiares, interpersonales de su entorno social, organizaciones de la sociedad civil y el Estado) permite mantener o mejorar su bienestar biopsicosocial y el contexto material y organizacional de la vida diaria, dado que las prácticas de cuidado proveen recursos, de diversa índole (económicos, afectivos, sociales) tanto para la subsistencia cotidiana como para el desarrollo del proyecto vital de la persona mayor en cualquier momento de la vida y especialmente en esta situación de emergencia sanitaria.

El cuidado implica la gestión del mismo, incluye la organización de bienes, servicios y situaciones cotidianas orientadas a las necesidades de la persona mayor y de estrategias particulares. Dichas particularidades surgirán de la interacción entre el Estado, la comunidad, las familias y las personas involucradas, dependiendo de los contextos de vida de esas personas mayores siempre en acompañamiento afectivo social indispensable.

Objetivo

En el presente plan se describe el cuidado de las personas mayores que viven en la Ciudad de Buenos Aires en el marco de la pandemia por Covid-19.

Alcance

Personas mayores de 60 años que se encuentren asintomáticos para COVID-19 con residencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recomendaciones especiales de las personas mayores

- Identificar y comprender el fenómeno individual que requiere cada individuo en particular es fundamental para brindarle el mejor cuidado que necesita.

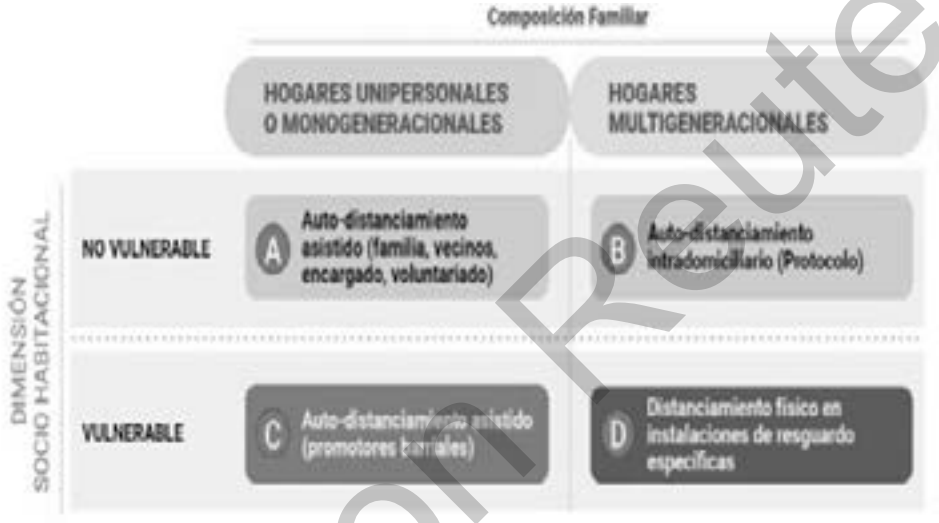
- En todo momento se recordarán a la persona mayor y a los asistentes las pautas de alarma ante las cuales debe comunicarse inmediatamente con la autoridad sanitaria:

Thomson Reuters

* Presencia de síntomas: fiebre, dolor de garganta, tos, dificultad para respirar, pérdida parcial o total de olfato y/o gusto.

- En todo momento se recomienda seguir las pautas generales de higiene que se describen al final de este protocolo.

- Es esperable que la mayoría de las personas mayores pudieran estar comprendidos en alguno de los cuadrantes del siguiente cuadro que combina la composición familiar (unipersonal o multigeneracional) y la dimensión socio habitacional.



- Para cada grupo de individuos se propone una estrategia diferente:

* De encontrarse en el grupo A (personas mayores no vulnerables que viven solos o con otras personas mayores):se deberá cumplir con el aislamiento social, obligatorio según DNU 297/2020 con permanencia en el domicilio del individuo y con la asistencia de la red de cuidado que corresponda (familia, vecinos, encargado).

* De encontrarse en el grupo B (personas mayores no vulnerables que viven en hogares multigeneracionales):se deberá cumplir con el aislamiento social, obligatorio según DNU 297/2020 con permanencia en el domicilio del individuo y con la asistencia de sus familiares que puedan realizar las tareas de cuidado de la persona mayor.

* De encontrarse en el grupo C (personas vulnerables que viven solos o con otras personas mayores): se deberá cumplir con el aislamiento social, obligatorio según DNU 297/2020 con permanencia en el domicilio del individuo y con la asistencia de la red de cuidado especial (promotores barriales).

* De encontrarse en el grupo D (personas vulnerables que viven en hogares multigeneracionales):se deberá cumplir con el aislamiento social, obligatorio según DNU 297/2020 en una instalación diseñada para tal fin con asistencia por personal contratado en el mismo barrio y capacitada por el GCBA.

Las personas mayores que pertenezcan a los grupos A o B podrán llamar al servicio de salud o social o barrial para pedir voluntarios, en caso de no contar con ningún otro recurso de asistencia.

A las personas mayores pertenecientes a los grupos C y D se les propondrá activamente un promotor desde los centros barriales o centros de salud.

A) PERSONAS MAYORES EN HOGARES UNIPERSONALES SIN VULNERABILIDAD SOCIOAMBIENTAL

Thomson Reuters

- Acciones para fortalecer el Auto-distanciamiento físico a realizarse en la propia vivienda.

El objetivo es fomentar y fortalecer la participación social en la red de cuidados familiar, vincular vecinos, encargados de edificios, voluntarios "promotores" con la población de personas mayores para que acompañen, escuchen, cuiden y contengan virtual o telefónicamente las necesidades de la vida diaria y psicoafectivas en esta situación de distanciamiento social.

En el caso de los "promotores", son voluntarios que se propusieron a partir de una convocatoria generada por el estado en el plan #MayoresCuidados (paseo de mascotas, compra de medicamentos y de alimentos).

RECURSOS REQUERIDOS

- Participación de familia, encargados de edificio o promotores barriales.

- Si lo anterior no fuera posible, se sustituirá con la participación de "promotores".

- Difusión de medidas de cuidado en general.

RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN

Para quien asiste a la persona mayor en su abastecimiento:

- Planificar telefónicamente la compra de alimentos o medicamentos.

- Saludarlo cumpliendo la medida de distanciamiento físico (no debe darse la mano o abrazo, ni saludar con un beso).

- Mantener siempre una distancia de un metro y medio o más.

- En caso de que la persona mayor viva en edificio, recomendarle u organizar que sea el encargado/a o un/a vecino/a fuera del grupo de riesgo, quien pueda recibir su compra.

- Desinfectar con un trapo con agua y lavandina los envases de los productos antes de entregarlos. Retirarse de la puerta antes de que la persona mayor la abra.

- En caso de paseo de animales, antes de tocar la correa de paseo realizar higiene de manos con alcohol en gel.

- Siempre que la tarea sea presencial y que el que asiste a la persona mayor sea alguien ajeno al entorno familiar debe ser presentado por el programa organizador y llevar el DNI para que la persona mayor lo pueda identificar como su voluntario asignado.

- En todo momento se recordarán a la persona mayor y a los asistentes las pautas de alarma (presencia de fiebre, dolor de garganta, tos o dificultad para respirar, disminución o falta de olfato y/o gusto) ante las cuales debe comunicarse inmediatamente con la autoridad sanitaria llamando al 107.

B- PERSONAS MAYORES EN HOGARES MULTIGENERACIONALES SIN VULNERABILIDAD SOCIOAMBIENTAL

- Acciones para fortalecer: Auto-distanciamiento físico a realizarse en la propia vivienda.

En este caso la persona mayor vive con otros convivientes capaces de asistir en la higiene, compra de alimentos y medicamentos de la persona mayor. Se ofrecerán en este caso las guías y recomendaciones para la persona mayor y los convivientes para reducir el riesgo de contagio cuando se cuenta con habitación y baño separados del resto de la familia en el hogar y para limitar el máximo contacto físico posible.

RECURSOS REQUERIDOS

- Difusión de guías de prevención de recomendaciones generales.

RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN (recomendaciones para todo el grupo familiar)

- La persona mayor es cuidado por su familia. Si es posible, deberá usar una habitación y baño separados para evitar el contagio.

- Dicha habilitación deberá contener todo lo que la persona mayor necesite (ropa, elementos de higiene personal, toallas, sabanas, elementos personales, etc).

- De ser posible la persona mayor debe comer en su habitación separada del resto de los convivientes y tener el menor contacto físico posible.

- Poseer un mobiliario al alcance de la persona mayor por fuera de dicha habitación. Allí se apoyarán los elementos previamente higienizados con la dilución con agua y lavandina (10 ml en 1 litro de agua) para uso de la persona mayor (envases, jabones). La persona mayor lo toma de ese mobiliario.

- Si la persona es autoválida, la limpieza de la habitación y del baño debe ser realizada por la persona mayor para limitar el ingreso de personas.

Thomson Reuters

- Al interactuar con la persona mayor, mantener siempre una distancia de un metro y medio o más.

- No compartir objetos personales (alimentos, bebidas, mate, bombillas, vasos, cubiertos, platos, toallas, sábanas, etc.)

- Es importante tener especial cuidado y atención al momento de entrar al hogar desde el exterior. Lavado de manos con agua y jabón al ingresar y cada vez que sea necesario (antes y luego de manipular alimentos, luego de ir al baño, antes de tomar medicación, etc).

- Evitar la sobre-información, establecer una rutina para información, sólo en algunos momentos del día.

- Buscar un canal oficial para informarse, para evitar las sensaciones de miedo, inseguridad o pánico. La salud mental es un elemento de especial cuidado en estas situaciones.

- Llevar un registro detallado de los síntomas de salud de todos los miembros de la casa. Ante el primer signo de fiebre de más de 37.5°, tos, dolor de garganta y/o dificultad para respirar, disminución o pérdida de olfato y/o gusto consultar a la autoridad sanitaria llamando al 107.

C) PERSONAS MAYORES EN HOGARES UNIPERSONALES VULNERABLES EN SU DIMENSIÓN SOCIO AMBIENTAL

- Acciones para fortalecer: La estrategia en este grupo de Personas Mayores es fortalecer la red cuidados comunitarios con familiares y en caso de imposibilidad, con promotores barriales. Se asignará un promotor capacitado o agente barrial referenciado por la red comunitaria del barrio donde reside la persona mayor.

RECURSOS REQUERIDOS

Cada promotor o agente barrial tiene asignado un número de personas mayores, sostiene una vinculación que contenga la dimensión socioafectiva. Se asigna un promotor o agente barrial referenciado por la Red comunitaria del Barrio donde reside la persona mayor.

Será presentado por un referente a la persona mayor e iniciará el contacto con dicha persona sin ingresar al domicilio. Debe contar con los datos de contactos familiares de la persona mayor si los tiene y realizar un reporte diario al referente de la comunidad barrial sobre el estado de salud de sus asistidos.

Cada promotor deberá ser capacitado en medidas de prevención de COVID-19 y en las actividades posibles y respuestas a las necesidades de las Personas Mayores.

El promotor barrial debe ser presentado a la persona mayor por la red barrial. Deberá recabar datos personales y de contacto de la persona mayor al que visita: nombre, apellido, DNI, domicilio preciso, número de teléfono celular en caso de registrarse y el de un familiar.

Ante requerimiento de medicación de la persona mayor, contactará al Centro de Salud (CESAC) que le corresponde al domicilio de la persona mayor y gestionará la provisión del/de los tratamientos necesarios.

RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN

Actividades posibles de la persona asistente para fomentar las medidas de cuidado y contención afectiva:

- En todo momento respetar las medidas generales y el distanciamiento personal seguro de 1,5 metros.

- Contacto presencial o telefónico con las personas mayores al menos 1 vez al día para mantener un vínculo socio afectivo (anexo 1. Sugerencias para mantener conversaciones informales).

- Diariamente interrogará la presencia de tos, odinofagia, dificultad respiratoria, de fiebre o disminución o falta de olfato y/o gusto. En caso de constatar algún síntoma contactará a su referente para que éste proceda a comunicarse con el 107 y al Centro de Salud de referencia de la persona mayor.

- Sostener una vinculación no presencial (telefónica) u otras estrategias que no impliquen contacto físico al menos una vez por día o según necesidad de la persona mayor.

- Ante requerimiento de medicación de la persona mayor, el asistente contactará al Cesac que le corresponde al domicilio. En el Centro de Salud, el equipo de salud realizará receta electrónica y la medicación para la persona mayor será retirada por el promotor barrial y entregada al paciente.

- Deberá realizar los mandados o compras alimentarias solicitadas.

- Deberá fomentar las medidas de cuidado domiciliario, higiene personal y respiratoria, limpieza del domicilio.

- El promotor barrial no podrá realizar cobros bancarios de la persona mayor

Thomson Reuters

- El promotor barrial o asistente que presente fiebre o síntomas respiratorios deberá comunicarlo a su referente barrial, suspende las visitas a la persona mayor. El referente deberá asignar un nuevo promotor barrial.

D) PERSONAS MAYORES EN HOGARES MULTIGENERACIONALES VULNERABLES EN SU DIMENSIÓN SOCIO AMBIENTAL.

ESTRATEGIA DE ABORDAJE: distanciamiento físico en instalaciones de resguardo con acompañamiento biopsicosocial En estos casos, la persona mayor autoválida tiene limitada su oportunidad de tener un distanciamiento preventivo de 1,5 metros de otros miembros familiares (residentes de barrios vulnerables de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o que residan en un hogar que por las condiciones habitacionales no permita realizar el distanciamiento adecuadamente) y en todos los casos deben acceder voluntariamente a esta modalidad de resguardo. Se proponen o fortalecen instalaciones de resguardo de gestión parroquial o comunitaria u otro establecimiento extrahospitalario.

No podrán ser considerados para este tipo de abordaje las personas mayores que se encuentran en diálisis crónica, tratamiento oncológicos, demencia, con abuso de sustancias y otras a criterio médico. Se entregará un consentimiento informado a la persona mayor y a un familiar para su lectura. Este consentimiento será entregado en el punto de enlace sociosanitario al momento de la evaluación sanitaria. El mismo debe ser firmado en presencia de un testigo o familiar.

RECURSOS REQUERIDOS:

Instalaciones de Cuidados comunitarios. Asistentes.

Se conforma un grupo de personas que convivirán con las personas mayores en la instalación pudiendo ser asistentes/promotores barriales o familiares de las personas mayores. Los grupos asistentes cuentan con el aporte de referentes administrativos, facilitadores biopsicosociales y un referente sanitario del Ministerio de Salud, correspondiente para la provisión de medicación u otras necesidades de salud.

Instalaciones extrahospitalarias. Hoteles.

Este dispositivo cuenta con: enfermeros, médico, asistentes administrativos y referentes sanitarios y facilitadores biopsicosociales para la provisión de medicación u otras necesidades de salud.

RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN:

A- Identificación de las personas Mayores

Todas aquellas organizaciones religiosas y otras organizaciones civiles que velan de manera colectiva por el cuidado de las personas mayores son convocados a participar de este programa para la identificación de las posibles personas mayores a residir en instalaciones de resguardo y dialogar en cada barrio para determinar la adaptación de este Plan a cada realidad local.

B- Previo al ingreso a cada tipo de instalación de resguardo se realiza un enlace sociosanitario:

- La evaluación sanitaria previa a ser admitido en este programa se realizará en el Centro de Salud que los evaluadores indiquen. Concluida la evaluación y aprobado el ingreso al programa, la persona mayor será trasladada al destino por los referentes del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat y del Ministerio de Transporte. Se releva: evaluación funcional y sanitaria de la persona mayor, la medicación habitual, tipo de dieta, antecedentes médicos y riesgo epidemiológico. Se interroga sobre antecedentes de contacto con caso sospechoso y/o confirmado. Se aplica vacunación antigripal y antineumocócica.

En cualquiera de las Instalaciones se implementarán las siguientes acciones de distanciamiento físico, así como un cuidado integral de la persona mayor con contención afectiva, abordando integralmente sus necesidades de salud.

Instalaciones de Cuidado comunitario y extrahospitalarios:

- Se implementarán acciones para el manejo de higiene según las recomendaciones generales, distanciamiento entre los individuos y de cuidado integral biopsicosocial de las personas mayores, provisión de medicación habitual y de alimentos.

- El equipo de asistentes de esta instalación de resguardo provista por el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat en contacto directo con las personas mayores deberá tener presencia durante las 24hs. y por al menos 14 días, no permitiendo entradas y salidas mientras dure dicho periodo a fin de reducir las probabilidades de contagio. Podrá realizarse un reemplazo según cronograma previamente establecido.

- El asistente designado deberá tener los contactos de los familiares de las personas mayores que acceden a este dispositivo.

- El asistente explicará a las personas mayores las condiciones de su estadía y las pautas de convivencia.

Thomson Reuters

- El asistente deberá corroborar que la persona mayor ingresa con medicación de uso habitual para los próximos 14 días. De no tenerla, deberá gestionarla con el referente sanitario del Ministerio de Salud a cargo de la instalación.

- El asistente deberá corroborar que ingresa con los elementos esenciales para una estadía mínima de 14 días (por lo menos tres mudas de ropa). En caso de corroborarse que la persona mayor no cuenta con todo lo necesario para su estadía, lo comunicará al referente administrativo.

- El asistente tendrá asignado un grupo reducido de personas mayores a quienes cuidará diariamente.

- Para las comidas deberán mantener todas las medidas de higiene generales y mantener un metro y medio a dos metros de distancia entre personas. Si esto no es posible deberá instaurar turnos de comidas para lograr el distanciamiento.

- Realizará un registro con las observaciones diarias.

- El grupo de asistencia residente en las instalaciones recibirá apoyo para la vida cotidiana de parte de referentes externos, responsables de la administración y de referentes sanitarios del Centro de Salud correspondiente a su área de responsabilidad.

- Durante todo el periodo que dure el resguardo no podrán ingresar visitantes a la instalación comunitaria. El contacto se establecerá por medios virtuales o teléfonos personales de las personas mayores o presencial a través de placas acrílicas que permitan el intercambio del ADENTRO con el AFUERA sin riesgo de contagio.

C) Egreso: se evaluará en función de la normativa epidemiológica general nacional o por manifestación de voluntad de egreso de la Personas Mayor, o por condiciones clínicas que determinen intervención sanitaria.

Consideraciones generales que deben conocer y tener en cuenta tanto personas mayores, familiares asistentes, promotores asistentes o asistentes en instalaciones de cuidado comunitario:

- Mantener el distanciamiento físico con las personas mayores de 70 años pero mantener la relación vincular de sostén necesaria para el normal desarrollo de la vida de las personas mayores durante la pandemia Covid-19.

- Es necesario brindar el acceso a la red de cuidado (familiares, interpersonales de su entorno social, organizaciones de sociedad civil y el Estado) para mantener o mejorar bienestar biopsicosocial y el contexto material y organizacional de la vida diaria.

- Mantener en todo momento las recomendaciones generales del cuidado de higiene personal y respiratoria tanto para la persona mayor como para todo aquel que cumpla el rol de asistencia:

* Adecuada higiene de manos: lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón o alcohol en gel.

* Mantener una distancia entre las personas segura de 1,5 a 2 metros en todo momento.

* No llevarse las manos a la cara.

* No dar la mano, abrazar o besar a otras personas

* No compartir el mate, vajilla, y utensilios.

* Toser o estornudar sobre el pliegue del codo o utilizar pañuelos descartables.

* Ventilar bien los ambientes.

* Desinfectar bien los objetos que se usan con frecuencia.

Lavado de manos

Es importante higienizarse las manos frecuentemente, sobre todo:

- Antes y después de manipular basura o desperdicios.

- Antes y después de comer, manipular alimentos.

- Luego de haber tocado superficies de uso público: mostradores, pasamanos, picaportes, barandas, etc.

- Después de manipular dinero, llaves, animales, etc.

Después de ir al baño.

Método adecuado para el lavado de manos con agua y jabón:

Thomson Reuters



Para reducir eficazmente el desarrollo de microorganismos en las manos, el lavado de manos debe durar al menos 40 – 60 segundos. El lavado de manos con agua y jabón debe realizarse siguiendo los pasos indicados en la ilustración. Puede utilizar higiene de manos con soluciones a base de alcohol (por ejemplo, alcohol en gel) en caso de no disponer de agua y jabón.

Adecuada higiene respiratoria

La higiene respiratoria refiere a las medidas de prevención para evitar la diseminación de secreciones al toser o estornudar. Esto es importante, sobre todo, cuando las personas presentan signos y síntomas de una infección respiratoria como resfríos o gripe:

- Cubrirse la nariz y la boca con el pliegue interno del codo o usar un pañuelo descartable al toser o estornudar. Descartarlo inmediatamente.

- Usar el cesto de basura más cercano para desechar los pañuelos utilizados.

- Higienizar las manos después de toser o estornudar.

Ventilación de ambientes

- La ventilación de ambientes cerrados, sobre todo en período invernal o de bajas temperaturas, debe hacerse con regularidad para permitir el recambio de aire. En algunas circunstancias y lugares, se recomienda que se asegure el recambio de aire mediante la apertura de puertas y ventanas que produzcan circulación cruzada del aire.

Thomson Reuters

Limpieza de superficies y objetos de uso frecuentes

- Limpieza de superficies mediante la remoción de materia orgánica e inorgánica, usualmente mediante fricción, con la ayuda de detergentes, enjuagando posteriormente con agua para eliminar la suciedad por arrastre.

- Desinfección con desinfectantes útiles para la limpieza de patógenos como COVID-19. Se debe realizar la desinfección de superficies ya limpias, con la aplicación de productos desinfectantes a través del uso de rociadores, toallas, paños de fibra o microfibra o trapeadores, entre otros métodos. Los desinfectantes de uso ambiental más usados son las soluciones hipoclorito sódico (lavandina) con una solución de 10 ml (2 cucharadas soperas) de lavandina de uso comercial en 1 litro de agua.). Estos virus se inactivan tras 5 minutos de contacto con desinfectantes de uso habitual como lavandina doméstica. Podrán utilizarse otros líquidos con probada eficacia para la desinfección de superficies.

- Para las superficies que podrían ser dañadas por el hipoclorito de sodio, se puede utilizar una concentración mínima de alcohol del 70%.

La actuación general deberá adecuarse a los lineamientos y pautas generales establecidas en los protocolos COVID19, en particular, al "PROTOCOLO DE MANEJO FRENTE A CASOS SOSPECHOSOS Y CONFIRMADOSDE COVID-19", y demás documentos sanitarios publicados en el siguiente link de acceso web: https://www.buenosaires.gob.ar/coronavirus/protocolos-coronavirus-covid-19".

RESOLUCIÓN 1 (M.D.H. y H.)

Protocolo para personas mayores de barrios vulnerables en dispositivos de resguardo de distanciamiento social.

Fecha: 05/05/2020

Publicación: B.O. 08/05/2020

VISTO:

Los Decretos Nacionales de Necesidad y Urgencia N° 260/20, N° 297/20, N° 408/20 la Ley N° 6.292, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1/20; el Decreto N° 147/20, y EX-2020-12500593- -GCABA-SECISPM;

CONSIDERANDO:

Que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha declarado que el virus COVID-19 (Coronavirus) se está propagando aceleradamente a nivel mundial y, a razón de ello, la ha catalogado como una pandemia;

Que se han adoptado diferentes medidas de prevención y control con el objeto de atender la situación epidemiológica y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población;

Que por el Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 260/20, el Poder Ejecutivo de la Nación, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley Nacional N° 27.541, por el plazo de Un (1) año a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto;

Que por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1/20 se declaró la Emergencia Sanitaria en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta el 15 de Junio de 2020 a los fines de atender y adoptar las medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del Coronavirus (COVID-19);

Que posteriormente, por el Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 408/20, se prorrogó la vigencia Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 297/20 que establece la medida de "Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio" y la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, a fin de prevenir la circulación y el contagio del virus Coronavirus (COVID-19) hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive;

Que se observa que la morbimortalidad afecta especialmente a los mayores de 70 años y a otros grupos de alto riesgo;

Que a estos efectos deviene necesario implementar acciones de resguardo físico y social para personas mayores a partir de los 70 años de edad autoválidos y que sean residentes de barrios vulnerables de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

Que la Ley N° 6.292 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que el Jefe de Gobierno es asistido en sus funciones por los Ministros, de conformidad con las facultades y responsabilidades que le confiere dicha ley;

Que corresponde al Ministerio de Salud asistir al Jefe de Gobierno en el diseño, planificación, ejecución y control de las políticas, planes y programas de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población, en el marco del Sistema Único e Integrado de Salud;

Thomson Reuters

Que el Decreto N° 147/20, estableció que el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y todos los organismos bajo su órbita, son áreas de máxima esencialidad e imprescindibles durante la vigencia de la pandemia Coronavirus (COVID-19) y se facultó a las autoridades superiores con rango no inferior a Director General a Establecer protocolos y procedimientos de trabajo acordes a la situación epidemiológica actual, asegurando la prestación de los servicios;

Que, el Decreto 164/2020 establece entre las funciones de la Subsecretaría de Atención Primaria, Ambulatoria y Comunitaria la de diseñar las políticas de promoción, prevención y protección tendientes a disminuir la morbimortalidad, la incidencia de problemas de salud prevalentes y de alto riesgo dentro de la población;

Que por Decreto N° 463/19 y modificatorios se aprobó la estructura orgánico funcional, dependiente del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contemplando a la Secretaría de Integración Social para Personas Mayores, entre cuyas responsabilidades primarias se encuentra la de diseñar e implementar políticas para la asistencia integral, protección de derechos, inclusión social y acceso a nuevas tecnologías a las personas mayores;

Que, en el marco de la precitada norma, le corresponde al Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, entre otras competencias la de diseñar e implementar políticas referidas a la tercera edad, la juventud, la niñez y de género;

Que en virtud de lo expuesto, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, se celebran convenios con Organizaciones de la Sociedad Civil que funcionen en el ámbito de la Ciudad, en concordancia con los lineamientos de abordaje en materia de políticas públicas, a fin de brindarles apoyo, asistencia técnica y otorgamiento de subsidios para el desarrollo de proyectos en aquellos casos en que sus actividades estén orientadas a la protección integral de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad social;

Que ante la situación extraordinaria que atraviesa la sociedad a raíz de la emergencia sanitaria por COVID-19, se han generado mecanismos de articulación y coordinación con organizaciones de la sociedad civil a fin de mitigar la situación que afecta, principalmente, a personas mayores, como grupo de riesgo, que habitan en barrios vulnerables de esta ciudad y cuentan con dificultades para cumplir adecuadamente con el distanciamiento social preventivo obligatorio;

Que atento los antecedentes reseñados, resulta conveniente aprobar un "Protocolo para personas mayores de barrios vulnerables en dispositivos de resguardo de distanciamiento social de gestión comunitaria por organizaciones de la sociedad civil";

Por ello, y en uso de las facultades conferidas por la Ley N° 6292 y Decreto N°147/20,

El Subsecretario de Atención Primaria, Ambulatoria y Comunitaria del Ministerio de Salud del GCBA y el Secretario de Integración Social para Personas Mayores del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat resuelven:

Art. 1° - Apruébase el "Protocolo para personas mayores de barrios vulnerables en dispositivos de resguardo de distanciamiento social - de gestión comunitaria I" que como Anexo I (IF-2020-12918020-GCABA-SECISPM) forma parte integrante de la presente Resolución.

Art. 2° - Apruébase el modelo de "CONSENTIMIENTO INFORMADO - PERSONAS MAYORES RESGUARDO VOLUNTARIO EN DISPOSITIVOS COMUNITARIOS" que como Anexo II (IF-2020-12919392-GCABA-SECISPM) forma parte integrante de la presente Resolución.

Art. 3° - Apruébase el modelo de "DECLARACIÓN JURADA DE EGRESO" que como Anexo III (IF-2020-12919371-GCABA-SECISPM) forma parte integrante de la presente Resolución.

Art. 4° - Publíquese, etc. – Battistella – Costantino.

ANEXO I

PROTOCOLO PARA PERSONAS MAYORES DE BARRIOS VULNERABLES EN DISPOSITIVOS DE RESGUARDO DE DISTANCIAMIENTO SOCIAL – DE GESTIÓN COMUNITARIA.

EL SIGUIENTE protocolo se enmarca en el PLAN INTEGRAL DE CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN EL MARCO DE LA PANDEMIA POR COVID-19 dentro del componente "Resguardo (Distanciamiento) físico y social con acompañamiento afectivo en Instalaciones de Cuidado Preventivos para mayores de 70 años".

Consiste en implementar acciones de resguardo físico y social con acompañamiento afectivo o biopsicosocial para personas mayores a partir de los 70 años de edad y que sean residentes de barrios vulnerables de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el alcance específico que se detalla en el punto II.

II. ALCANCE ESPECÍFICO

Thomson Reuters

PERSONAS MAYORES DE 70 AÑOS

- Autoválidos* residentes de barrios vulnerables de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que residan en un hogar que por las condiciones habitacionales no permita realizar el distanciamiento adecuadamente.

- En todos los casos, el acceso a esta modalidad de resguardo es de carácter voluntario.

* Una persona autoválida no requiere asistencia para realizar las tareas básicas en el desarrollo de la vida diaria como ser higienizarse, vestirse y administrarse la medicación, alimentarse, usar el retrete y desplazarse.

III. PERSONAS MAYORES EXCLUIDOS

Personas Mayores que se encuentran en diálisis crónica, tratamientos oncológicos, Demencia, con abuso de sustancias y otras a criterio médico, como así también aquellas personas mayores que sean dependientes, semidependientes y con patologías psiquiátricas.

IV. ORGANIZACIONES INVOLUCRADAS - PROCESO DE IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS MAYORES

Todas aquellas organizaciones religiosas o civiles en barrios vulnerables de la CABA que hoy velan de manera colectiva por el cuidado de personas mayores participan de manera activa en este plan.

En instancias barriales ya constituidas, referentes de diferentes organizaciones religiosas y civiles y representantes de Gobierno (Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat y Ministerio de Salud) desarrollarán acciones territoriales con el objetivo de identificar a las personas mayores en condiciones de acceder a esta estrategia de abordaje social.

V. PROCESO PREVIO DE INCLUSIÓN - TRABAJO DE MESAS BARRIALES

En dicho abordaje, las organizaciones barriales y la entidad religiosa, con apoyo del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, realizan en conjunto un breve cuestionario a las personas que aceptan ingresar al programa para determinar el grado funcional y las necesidades bio-psicosociales de las mismas.

Esta información se plasma en una Ficha de Relevamiento (Anexo 1) que contiene datos filiatorios, datos de familiares, estado de salud, necesidades de medicación, datos de interés de índole social, la cual podrá ser modificada por los actores sociales involucrados.

Concluida la identificación de personas mayores, los actores de la organización religiosa o civil, le informarán a la persona los lugares de resguardo que tiene a disposición, las condiciones edilicias de los mismos y las pautas de convivencia.

Una vez admitida la persona mayor en el dispositivo correspondiente brindado por la entidad religiosa o civil, se procederá a realizar la evaluación sanitaria de la persona mayor.

VI. PROCESO DE EVALUACIÓN SANITARIA y ENLACE SOCIO SANITARIO.

La evaluación sanitaria, previa al ingreso de la persona mayor a la instalación de resguardo, deberá ser coordinada con la mesa barrial, con los efectores sanitarios afectados al dispositivo y el equipo interdisciplinario de la SECISPM.

La evaluación sanitaria previa a ser admitido en la instalación de resguardo se realizará en el Centro de Salud que los evaluadores sanitarios le indiquen. Se validará el consentimiento informado y las condiciones establecidas en punto II y III y la información de la ficha de relevamiento territorial.

Un equipo del Ministerio de Salud designado a tal fin evaluará el estado de salud de la persona mayor y descartará la presencia de signos y síntomas compatibles con COVID-19. Para ello realizará un examen físico para determinar que la persona mayor no presente riesgo de salud actual ni epidemiológica para él ni para terceros. Se proveerá a la persona mayor de su medicación crónica para el tiempo que dure la permanencia en la instalación de resguardo. En caso de que no haya sido suministrada se aplicará la vacuna antigripal y antineumocóccica. (Ver Procedimiento de evaluación sanitaria).

Concluida la evaluación y aprobado el ingreso al programa, la persona mayor será trasladada al destino por los referentes del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat y Ministerio de Desarrollo Urbano y Transporte (Protocolo de Traslado).

VII- LUGARES DE RESGUARDO

El lugar de resguardo de la persona mayor será decidido, a pedido del mismo, por la entidad religiosa o civil. El Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat brindará el apoyo de equipamiento y mejoramiento de espacios que sean necesarios y las provisiones para pueda cocinarse e insumos médicos.

Previo a la mudanza, la entidad religiosa o civil deberá efectuar una limpieza y desinfección adecuada del lugar.

Thomson Reuters

El Ministerio de Salud referenciará el Centro de Salud correspondiente según el domicilio de la persona mayor y le proveerá la medicación que resulte necesaria, de acuerdo a la prescripción usual y a la evaluación médica de ingreso.

La entidad religiosa o civil identificará y designará los asistentes barriales que gestionan internamente cada lugar de resguardo. Se determinará un Coordinador Barrial cada 5 Centros de resguardo máximo, que será junto con un equipo de soporte biopsicosocial el enlace con el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat y el Ministerio de Salud.

VIII. VIDA EN RESGUARDO: RECOMENDACIONES

- Los asistentes barriales asignados al lugar de resguardo, serán referentes del barrio o familiar allegado de alguno de las personas mayores.

- Los establecimientos deberán contar con Kit de primeros auxilios provistos por el Ministerio de Salud.

- Los asistentes barriales asignados al lugar de resguardo estarán en contacto directo con las personas mayores. Tendrán presencia durante las 24 hs y, durante al menos 14 días corridos desde el ingreso. No podrán salir del dispositivo ni permitir entradas y salidas durante dicho periodo, a fin de reducir las probabilidades de contagio. Podrá realizarse un reemplazo según cronograma previamente establecido.

- El asistente designado deberá tener los contactos de los familiares de las personas.

- El asistente le explicará a la persona mayor las condiciones de su estadía y las Pautas de Convivencia, los horarios de alimentación, descanso y de realización actividades recreativas.

- En caso de corroborarse que la persona mayor no cuenta con todo lo necesario para su estadía, lo comunicará al coordinador barrial.

- Corroborar que la persona mayor ingresa con medicación de uso habitual para los próximos 14 días, en caso contrario, el coordinador deberá requerir al referente sanitario del Ministerio de Salud que provea las dosis faltantes.

- Corroborar que ingresa con los elementos esenciales para una estadía mínima de 14 días (por lo menos tres mudas de ropa).

- El asistente tendrá asignado un grupo reducido de personas mayores a quienes cuidará diariamente, teniendo en cuenta los recaudos necesarios de distancia social.

- Lavará la ropa, preparará los alimentos del grupo de personas mayores asignados.

- Realizará un registro con las observaciones diarias.

- Durante todo el período que dure el resguardo no podrán ingresar personas ni visitantes a la instalación comunitaria. El contacto se establecerá por medios virtuales o teléfonos personales de las personas mayores, o presencial a través de un acrílico que delimita el área del ADENTRO y del AFUERA (Ver protocolo de Bioseguridad).

IX. ACTIVIDADES EN EL AISLAMIENTO PREVENTIVO

Se deberán cumplir las medidas que se detallan a continuación:

- Mantener distancia de al menos 1,5 metros entre las personas. Dicha regla se utilizará también para la distancia entre camas.

- Extremar las medidas de higiene y limpieza en los espacios asignados a los ingresantes en la instalación de resguardo.

- Extremar las medidas de higiene personal.

- No se permitirán visitas ni salidas de las personas convivientes.

X. COMPONENTE SOCIO AFECTIVO:

Se trabajará con un grupo de soporte externo compuesto con por un equipo interdisciplinario de las SECISPM, el Ministerio de Salud y Cultura.

Según el protocolo de Cuidado Biopsicosocial de Personas Mayores. Se implementarán:

- Estrategias de socialización virtuales: celular propio, tablets, otros dispositivos.

- Estrategias solidarias de provisión de insumos según el interés de la persona mayor:

- Actividades socio- recreativas como herramientas de contención y acompañamiento.

XI. EGRESO

Los motivos de egreso de la persona mayor de la instalación podrían deberse a:

1) Que la persona mayor resuelva suspender voluntariamente su estadía. Se realizará previamente comunicación con la familia. En caso de reconfirmar

Thomson Reuters

la intención de retirarse, se deberá informar la situación al Coordinador del dispositivo, quien evaluará la condición de salud de la persona mayor y de resultar adecuada, activará el protocolo de traslado de la persona a su lugar de residencia u otro dispositivo de distanciamiento seguro. Antes del egreso, el equipo de coordinación administrativa deberá arbitrar la firma de una declaración jurada donde conste que su egreso se origina en su voluntad.

2) Decisión fundada de la Coordinación o por criterios epidemiológicos. Ante este caso se dejará constancia en un registro designado a tal fin.

3) Determinación de equipo sanitario que recomiende su traslado por alguna condición de salud (Ej. institución hospitalaria). En este caso, se dejará constancia en un registro designado a tal fin.

En cualquier situación de egreso siempre se deberá comunicar la misma al familiar o persona de contacto cercano.

XII. RECOMENDACIONES GENERALES

- Toser o estornudar sobre el pliegue del codo o utilizar pañuelos descartables.

- No llevarse las manos a la cara.

- Ventilar bien los ambientes.

- Desinfectar bien los objetos que se usan con frecuencia.

- Evitar dar la mano, abrazar o besar a otras personas

- No compartir el mate, vajilla, y utensilios.

- Adecuada higiene de manos: Lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón o alcohol en gel.

Lavado de manos



Thomson Reuters

Higiene de manos con agua y jabón. Es importante higienizar las manos frecuentemente, sobre todo:

- Antes y después de manipular basura o desperdicios.

- Antes y después de comer, manipular alimentos.

- Luego de haber tocado superficies

- Después de manipular dinero, llaves, animales, etc.

- Después de ir al baño

- Antes de preparar alimentos.

El lavado de manos debe durar al menos entre 40 y 60 segundos.

Uso de cubrebocas/barbijos

En atención a las características de la pandemia, se recomienda seguir las recomendaciones generales que elabora oportunamente el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Ventilación de ambientes

La ventilación de ambientes cerrados, sobre todo en período invernal o de bajas temperaturas, debe hacerse con regularidad para permitir el recambio de aire. En algunas circunstancias y lugares, se recomienda que se asegure el recambio de aire mediante la apertura de puertas y ventanas que produzcan circulación cruzada del aire.

XIII. LIMPIEZA Y DESINFECCIÓN.

- Limpieza de superficies mediante la remoción de materia orgánica e inorgánica, usualmente mediante fricción, con la ayuda de detergentes, enjuagando posteriormente con agua para eliminar la suciedad por arrastre.

- Desinfección con desinfectantes útiles para la limpieza de patógenos como Covid 19.

Se debe realizar la desinfección de superficies ya limpias, con la aplicación de productos desinfectantes a través del uso de rociadores, toallas, paños de fibra o microfibra o trapeadores, entre otros métodos. Los desinfectantes de uso ambiental más usados son las soluciones hipoclorito sódico que contenga 1000 ppm de cloro activo (dilución 1:50 de lavandina con concentración 40-50 gr/litro preparada recientemente). Estos virus se inactivan tras 5 minutos de contacto con desinfectantes de uso habitual como lavandina doméstica.

Podrán utilizarse otros líquidos con probada eficacia para la desinfección de superficies.

- Para las superficies que podrían ser dañadas por el hipoclorito de sodio, se puede utilizar una concentración de etanol del 70%.

(Procedimiento según Protocolo de limpieza y desinfección de superficies)

XIV- CONDUCTA A SEGUIR EN CASO DE IDENTIFICAR UNA PERSONA MAYOR CON SÍNTOMAS RESPIRATORIOS Y FIEBRE

Se seguirán siempre los lineamientos establecidos en el "PROTOCOLO DE MANEJO DE CASOS SOSPECHOSO Y CONFIRMADOS DE COVID-19, aprobado por resolución 842-MSGC-2020 y sus modificatorias.

1) Colocar barbijo a la persona.

2) Proceder al aislamiento de la persona en forma inmediata, preferentemente en sala cerrada con puerta y baño individual.

1) Llamar al 107 y comunicarse con el referente del Ministerio de Desarrollo y el referente sanitario asignado a fin de activar el protocolo de manejo del caso sospechoso aprobado según el escenario epidemiológico.

2) Comunicarse con el familiar de contacto.

Thomson Reuters

Anexo 1. FICHA DE IDENTIFICACIÓN DE PERSONA MAYOR RELEVAMIENTO TERRITORIAL

DATOS DE LA PERSONA MAYOR	
Nombre:	
Apellido:	
DNI:	
Fecha de Nacimiento:	
Edad:	
Domicilio: **especificar exactamente**:	
PREGUNTAS GENERALES	
Complete con SI si puede hacerlo o con NO sino puede hacerlo	
1. ¿Va a hacer solo/a las compras?	❑ Si ❑ No
2. ¿Puede comer solo?	❑ Si ❑ No
3. ¿Se lava la cara, manos, se puede peinar y afeitar solo?	❑ Si ❑ No
4. ¿Necesita ayuda para ir al baño?	❑ Si ❑ No
5. ¿Camina solo/a y sin ayuda?	❑ Si ❑ No
6. ¿Se ducha solo/a?	❑ Si ❑ No
7. ¿Se prende los botones solo/a?	❑ Si ❑ No
8. ¿Puede trasladarse sin ayuda?	❑ Si ❑ No
9. ¿Consume alcohol?	❑ Si ❑ No
10. ¿Fuma?	❑ Si ❑ No

Thomson Reuters

11. ¿Tiene alguna enfermedad?	❑ Si Detalle a continuación: ❑ No
15a.Diabetes:	❑ Si Cual?_____ ❑ No
15b.Presión alta	❑ Si Cual?_____ ❑ No
15c.Problemas de corazón:	❑ Si Cual?_____ ❑ No
15d. Otros problemas	❑ Cual/es?_____ _____
12. ¿Toma alguna medicación?	❑ Si Cual?_____ ❑ No
13. ¿Donde controla su enfermedad?	❑ Cesac ❑ Hospital ❑ Otro _____
14. Actualmente está bajo tratamiento oncológico, o diálisis o crónicos que impliquen consultas de seguimiento durante su próxima estadía en instalaciones de resguardo?	❑ Si Cual?_____ ❑ No

Tipo de dieta

¿Que le gusta hacer? Ej: Tejer, leer, conversar.....

DATOS DE CONVIVIENTES: Importante relevar TODOS los datos de sus convivientes y grado de parentesco.			
1. ¿Por favor podría indicarme los datos de las personas con las que vive?			
Nombre y Apellido	**Teléfono de contacto**	**Domicilio**	**Grado de parentesco**

Thomson Reuters

¿Qué se debe llevar para la instalación de resguardo sea de gestión comunitaria o a un hotel?

- Si tiene, tres mudas de ropa. Calzado cómodo, peine, jabón.

- Medicación habitual

- En caso de que posea se puede llevar celular.

- Hoja con los nombres, teléfonos de las personas conviviente o contactos, medicación habitual. DNI

- Objetos personales: fotos, cuaderno y otros elementos que considere necesarios.

- Su propio mate, bombilla y termo.

En caso de que la persona Mayor seleccione la opción de resguardo en instalaciones de resguardo hotel o de gestión comunitaria, es necesario entregar la declaración de voluntad, la cual requiere de lectura presencial para aclaración de dudas. La misma deberá ser llevada firmada a la posta de evaluación sanitaria.

ANEXO II

CONSENTIMIENTO INFORMADO - PERSONAS MAYORES

RESGUARDO VOLUNTARIO EN DISPOSITIVOS COMUNITARIOS

DNI N°				
FECHA DE NACIMIENTO		EDAD		
DOMICILIO				
BARRIO		COMUNA		
TELÉFONOS				
PERSONAS QUE RESIDAN ACTUALMENTE CON USTED:				
APELLIDO Y NOMBRE	DNI N°	FECHA DE NACIMIENTO		EDAD
PROGRAMAS O BENEFICIOS DE TERCERA EDAD QUE RECIBE ACTUALMENTE				
USTED O ALGUNOS DE SUS FAMILIARES QUE RESIDEN CON USTED:				
SUBSIDIO / BENEFICIO	APELLIDO Y NOMBRE DEL BENEFICIARIO		DNI N°	
ALIMENTARIO				
HOGAR TERCERA EDAD				
ALMUERZO CALIENTE				
INSTITUCIÓN				
OTRO				

Declaro bajo juramento que el domicilio consignado en el presente es de carácter permanente.

Asimismo, declaro que SI - NO (tachar lo que no corresponda) percibo jubilación / pensión.

Por otra parte, declaro que me encuentro en plena capacidad jurídica para solicitar y aceptar la propuesta de resguardo voluntario para distanciamiento social preventivo en el marco de la declaración de pandemia del coronavirus (COVID-19) emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y dispuesto por DNU/297/PEN/2020 y prorrogada por DNU/355/PEN/2020, DNU/1/GCABA/2020, modificatorias y concordantes mientras dure el "aislamiento social, preventivo y obligatorio"

Thomson Reuters

Acepto que en el día de la fecha soy trasladado voluntariamente, mediante la unidad de traslado dispuesta por el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat perteneciente al GCABA, desde ..... hacia el/la..... de resguardo voluntario, sito en ..... a los fines de dar cumplimiento al resguardo preventivo en el marco de lo mencionado en el párrafo precedente.

Manifiesto que me evaluaron médicamente en un Centro de salud y Acción Comunitaria (CESAC), confeccionándose la ficha médica en la cual se informan la totalidad de los datos e indicaciones correspondientes a mi estado de salud.

He sido informado que el Ministerio de Salud del G.C.A.B.A. me proveerá de la medicación que requiera según prescripción médica y atención médica, en caso de ser necesaria.

He sido informado que se me brindará la alimentación completa durante mi estadía.

Desisto de iniciar acciones legales contra el G.C.A.B.A., o contra sus funcionarios, empleados, contratistas y/o subcontratistas, por las posibles lesiones, heridas y/o enfermedades como asimismo por los posibles perjuicios que se me causen como consecuencia de un eventual caso fortuito o fuerza mayor, que se pudiera llegar a ocasionar durante o como resultado de mi estadía.

Me informan que, en caso de ser necesaria, recibiré asistencia psico-social y contención emocional durante mi estadía.

Por lo expuesto, se deja expresa constancia que la presente se suscribe en mi plena capacidad jurídica para solicitar y aceptar la propuesta de resguardo voluntario para distanciamiento social preventivo en el marco de la declaración de pandemia del coronavirus (COVID-19) emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el DNU N° 297/PEN/2020 y prorrogada por DNU/3555/PEN 2020, DNU N° 1/GCABA/2020, modificatorias y concordantes mientras dure el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" de carácter general para la población.

Firma DNI Aclaración de Firma

ANEXO III

DECLARACIÓN JURADA EXTERNACIÓN CON RESULTADO NEGATIVO

....., DNI N°....., teléfono....., con domicilio en ...., me notifico formalmente de las medidas dispuestas por las Autoridades nacionales y locales para evitar la propagación del coronavirus, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 205 del Código Penal que reprime con prisión de seis meses a dos años al que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la epidemia.

En particular, se pone en mi conocimiento que el resultado del estudio para identificar el Coronavirus Covid-19 arrojó un resultado no detectable y que se me informaron las medidas de autocuidado que debo llevar adelante.

Consecuentemente, me retiro por mi propia voluntad del dispositivo sito en ...., con barbijo colocado, el cual me comprometo a utilizar en forma permanente y cambiarlo de acuerdo a las instrucciones que me impartieron.

Que continuaré en aislamiento social domiciliario, hasta completar el periodo que me sea indicado por la autoridad sanitaria bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 202 del Código Penal que reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

Manifiesto que dicha medida la cumpliré en el domicilio de la calle..... .....

En tal sentido, declaro bajo juramento que en el día de la fecha procederé a trasladarme desde el alojamiento extrahospitalario exclusivamente al domicilio arriba mencionado, de conformidad con los términos del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto como cuarentena.

A efectos, de que se realice el seguimiento por parte del equipo sanitario, informo que mi teléfono de contacto es.....

La presente DDJJ será remitida a la autoridad competente (administrativa y judicial) a los efectos de su seguimiento diario y, en caso de corresponder, a los efectos de la persecución penal y patrimonial de los infractores.

Firma:

Aclaración:

Fecha:

Thomson Reuters

DECLARACIÓN JURADA EXTERNACIÓN SIN EXAMEN

……, DNI N°....., teléfono....., con domicilio en ....., me notifico formalmente de las medidas dispuestas por las Autoridades nacionales y locales para evitar la propagación del coronavirus, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 205 del Código Penal que reprime con prisión de seis meses a dos años al que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la epidemia.

Consecuentemente, me retiro por mi propia voluntad del dispositivo sito en ....., con barbijo colocado, el cual me comprometo a utilizar en forma permanente y cambiarlo de acuerdo a las instrucciones que me impartieron.

Quedo en aislamiento social domiciliario, hasta completar el periodo que me sea indicado por la autoridad sanitaria bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 202 del Código Penal que reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

Manifiesto que dicha medida la cumpliré en el domicilio de la calle…… .....

En tal sentido, declaro bajo juramento que en el día de la fecha procederé a trasladarme desde el alojamiento extrahospitalario exclusivamente al domicilio arriba mencionado, de conformidad con los términos del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto como cuarentena.

A efectos, de que se realice el seguimiento por parte del equipo sanitario, informo que mi teléfono de contacto es.....

La presente DDJJ será remitida a la autoridad competente (administrativa y judicial) a los efectos de su seguimiento diario y, en caso de corresponder, a los efectos de la persecución penal y patrimonial de los infractores.

Firma:

Aclaración:

Fecha:

DECLARACIÓN JURADA EXTERNACIÓN CON EXAMEN SIN RESULTADO

……, DNI N°....., teléfono....., con domicilio en ....., me notifico formalmente de las medidas dispuestas por las Autoridades nacionales y locales para evitar la propagación del coronavirus, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 205 del Código Penal que reprime con prisión de seis meses a dos años al que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la epidemia.

En particular, se pone en mi conocimiento que me realizaron el estudio para identificar el Coronavirus Covid-19 y el resultado está pendiente, me informaron de las medidas de autocuidado que debo llevar adelante, así como los cuidados a mi grupo familar/conviviente.

Consecuentemente, me retiro por mi propia voluntad del dispositivo sito en ....., con barbijo colocado, el cual me comprometo a utilizar en forma permanente y cambiarlo de acuerdo a las instrucciones que me impartieron.

Quedo a la espera del resultado del estudio y en aislamiento social domiciliario, hasta completar el periodo que me sea indicado por la autoridad sanitaria bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 202 del Código Penal que reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

Manifiesto que dicha medida la cumpliré en el domicilio de la calle…… .....

En tal sentido, declaro bajo juramento que en el día de la fecha procederé a trasladarme desde el alojamiento extrahospitalario exclusivamente al domicilio arriba mencionado, de conformidad con los términos del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto como cuarentena.

A efectos, de que se realice el seguimiento por parte del equipo sanitario, informo que mi teléfono de contacto es.....

La presente DDJJ será remitida a la autoridad competente (administrativa y judicial) a los efectos de su seguimiento diario y, en caso de corresponder, a los efectos de la persecución penal y patrimonial de los infractores.

Firma:

Aclaración:

Fecha:

Thomson Reuters

RESOLUCIÓN 135 (M.M.P.G. y D.S.)

Creación del Fondo Rotatorio denominado "Fondo Especial de Emergencia en Violencias por Razones de Género".

Fecha: 13/04/2020

Publicación: B.O. 15/04/2020

VISTO:

El expediente EX-2020-06444092-GDEBA-DSTAMMPGYDSGP por el que tramita la constitución de un Fondo Rotatorio denominado "FONDO ESPECIAL DE EMERGENCIA EN VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO" en el ámbito del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires, y

CONSIDERANDO:

Que el Artículo 3° del Decreto N° 178/20 prevé la creación de Fondos Rotatorios en el marco del régimen del Fondo Permanente del Artículo 78 de la Ley N° 13.767 y normas complementarias;

Que por la Ley de Ministerios N° 15.164 se estableció que el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual es la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 12.569 y de la Ley N° 14.603;

Que a los efectos de brindar en la atención de la violencia de género una asistencia inmediata y eficaz en todos los casos, el Ministerio debe asignar recursos tanto a instituciones, entidades de bien público y/o municipios, responsables de dicha atención en el lugar donde se encuentre la persona en situación de violencia;

Que con tal finalidad es necesario constituir un Fondo Especial, que permita dar una respuesta rápida frente a la necesidad de la salida de la situación de riesgo y emergencias de diverso tipo derivadas del contexto de violencia de género;

Que es fundamental que este recurso esté accesible en la localidad donde se realiza la intervención, y que forme parte del conjunto de dispositivos de asistencia y atención que se articulen desde las Mesas Locales Intersectoriales y los diferentes actores gubernamentales y no gubernamentales que atienden esta problemática;

Que el Fondo se implementará desde la Subsecretaría de Políticas contra las Violencia por Razones de Género, la que promoverá los acuerdos con las Mesas Locales para su implementación, y propiciará su creación donde no estuvieren constituidas;

Que a estos efectos, es necesario aprobar los modelos de Convenio de Cooperación con municipios e instituciones, de Acta de Designación de responsable y de Planilla Demostrativa de Gastos del Fondo Especial de Emergencia en Violencias por Razones de Género, que instrumentarán el otorgamiento de los mismos;

Que han tomado debida intervención en razón de su competencia Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de la Provincia de Buenos Aires y Fiscalía de Estado;

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por Artículo 78 de la Ley de Administración Financiera N° 13.767 y el Decreto N° 178/20;

Por ello,

La Ministra de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires resuelve:

Art. 1° - Crear el Fondo Rotatorio denominado FONDO ESPECIAL DE EMERGENCIA EN VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO en el ámbito del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, en el marco del régimen de fondo permanente regulado por el Artículo 78 de la Ley de Administración Financiera N° 13.767 y normas reglamentarias.

Art. 2° - Determinar que los recursos del FONDO constituido por el artículo anterior, serán suministrados a las instituciones o municipios que, en el ámbito de cada dispositivo local, tengan la responsabilidad de la asistencia a las víctimas de violencias por razones de género. Los mismos serán utilizados para atender distintos gastos ante la emergencia y podrán ser entregados a la persona o grupo familiar y/o acompa-

Thomson Reuters

ñante de la víctima de violencia por razones de género o femicidio.

Art. 3° - Establecer que los montos girados a las instituciones o entidades de bien público o municipios no podrán superar las sumas que se establecen a continuación:

Instituciones o Entidades de Bien Público hasta pesos quince mil ($ 15.000,00). Municipios hasta pesos treinta mil ($ 30.000,00).La verificación posterior de la inversión de los recursos queda alcanzada por lo dispuesto en el Decreto N° 467/07 modificatorios y complementarios.

Art. 4° - Disponer que los montos girados a las Instituciones o Entidades de Bien Público y/o Municipios, podrán ser renovados una vez rendidos al menos el cincuenta por ciento (50%) de la remesa efectuada. De no haberse ejecutado dicho porcentaje en el plazo de hasta ciento veinte (120) días desde su desembolso, deberán presentar la rendición de los montos utilizados hasta ese momento o informar la no utilización de los mismos.

Asimismo, los recursos asignados podrán ser renovados hasta un máximo de cuatro (4) veces por ejercicio financiero.

Art. 5° - Asignar la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000,00) en concepto de apertura del Fondo Rotatorio denominado FONDO ESPECIAL DE EMERGENCIA EN VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO, bajo la exclusiva responsabilidad de la funcionaria que propicia su instrumentación, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 3° del Decreto N° 178/20, en el marco del régimen de fondo permanente regulado por el Artículo 78 de la Ley de Administración Financiera N° 13.767.

Art. 6° - Designar a la Subsecretaria de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género, Lic. Flavia Marina Delmas (DNI N° 21.026.001), como responsable de administrar el FONDO creado por el Artículo 1° de la presente, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 3° del Decreto N° 178/20.

Art. 7° - Determinar a los fines de la implementación del FONDO creado por la presente, que se propiciará el fortalecimiento de las Mesas Locales Intersectoriales de atención de las víctimas de violencias por razones de género, y se promoverá la constitución de las mismas en aquellos municipios en donde no estuvieren constituidas.

Art. 8° - Aprobar los modelos de Convenio de Cooperación para Municipios y de Convenio de Cooperación para Instituciones o Entidades de Bien Público, de Acta de Designación Responsable y de Planilla Demostrativa de Gastos del FONDO Especial de Emergencia en Violencias por Razones de Género, que como Anexo I (IF-2020-06960025-GDEBADSTAMMPGYDSGP), Anexo II (IF-2020-06963590-GDEBA-DSTAMMPGYDSGP), Anexo III (IF-2020-06965054-GDEBADSTAMMPGYDSGP) y Anexo IV (IF-2020-06965615-GDEBA-DSTAMMPGYDSGP), respectivamente, forman parte de la presente.

Art. 9° - Registrar, etc. – Díaz.

ANEXO I

CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE LAS MUJERES, POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDAD SEXUAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y EL MUNICIPIO DE .....

Entre el MINISTERIO DE LAS MUJERES, POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDAD SEXUAL de la Provincia de Buenos Aires, en adelante el MINISTERIO, representado en este acto por la Señora Ministra ....., con domicilio en Calle ..... N°..... de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires por una parte, y el Municipio de ..... en adelante el MUNICIPIO, representado en este acto por el/la Sr/Sra. Intendente/a ....., con domicilio en Calle..... N° ....., de la ciudad de ....., Provincia de Buenos Aires, por la otra, ambas denominadas conjuntamente como LAS PARTES, acuerdan celebrar el presente Convenio con el objeto de instrumentar, establecer pautas y coordinar acciones conducentes a canalizar la asignación de recursos económicos para atender distintos gastos ante la emergencia, que serán entregados a la persona en situación de violencia, su grupo familiar o a su acompañante, según lo establecido por el Decreto N° 178/20 y la Resolución N°...../20.

CLÁUSULA PRIMERA: El presente Convenio tiene como objeto el desarrollo de acciones coordinadas institucionalmente entre el MINISTERIO Y el MUNICIPIO, a fin de brindar en el ámbito local, una respuesta eficaz frente a las problemáticas de violencias por razones de género, que comprenden el asesoramiento, acompañamiento, solución de emergencias, ayudas económicas y seguimiento de las situaciones que se detecten o denuncien; para vehiculizar la prevención y protección como primera red de contención ante la contingencia.

CLÁUSULA SEGUNDA: Para el logro de sus objetivos, LAS PARTES se comprometen a desarrollar los siguientes ejes de trabajo y lineamientos:

Thomson Reuters

a) Prevención, detección y asistencia inmediata de situaciones de riesgo de víctimas de violencias por razones de género.

b) La contribución para el fortalecimiento o en su caso la conformación de la Mesa Local Intersectorial y la constitución de redes locales, regionales y provinciales a fin de optimizar la utilización de los recursos necesarios para el abordaje de las problemáticas de violencias por razones de género.

c) Registro y seguimiento de los casos atendidos para que no sean recurrentes en el acaecimiento de la emergencia y la situación de violencia.

CLÁUSULA TERCERA: El MINISTERIO contribuirá mediante la creación del Fondo Rotatorio denominado FONDO ESPECIAL DE EMERGENCIA EN VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO para dar respuesta a los gastos que demande la atención de las víctimas de violencias por razones de género, de acuerdo con los términos de la normativa vigente en la materia y lo estipulado en el presente.

CLÁUSULA CUARTA: El MUNICIPIO se compromete a utilizar los fondos recibidos, en el marco de la normativa citada en el exordio, a la resolución de las emergencias que se sucedan, procurando la debida atención y contención en las redes de las que se disponga, con los lineamientos acordados en el presente.

Los gastos que pueden ser atendidos con los fondos que se otorguen incluyen: alojamiento, traslados, medicamentos, alimentos y todo aquello que se considere necesario en la emergencia, los cuales deben ser efectuados bajo los principios de eficacia y eficiencia del gasto.

CLÁUSULA QUINTA: El MUNICIPIO deberá, bajo su exclusiva responsabilidad, designar a la persona encargada y responsable del uso de los fondos, quien deberá ser la máxima autoridad del área de mujeres y/o género municipal cuando esta exista, o en su defecto ser titular del área más afín a la temática, siendo en todos los casos requisito que sea integrante de la Mesa Local.

Dicha designación se instrumentará mediante la suscripción del Acta de Designación de Responsable. En caso de modificarse la persona responsable por cualquier causa, el MUNICIPIO deberá notificar con una antelación de cinco (5) días al MINISTERIO tal situación y se procederá a suscribir por parte del MUNICIPIO un nuevo Acta, que será parte integrante del presente.

En caso de no tener conformada la Mesa Local, el MUNICIPIO se compromete a constituirla en un plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la firma del presente convenio. El MINISTERIO se compromete a colaborar y ofrecer asistencia técnica para la creación de dicha Mesa.

CLÁUSULA SEXTA: El MUNICIPIO a través de la persona responsable designada se compromete a rendir la utilización de los montos otorgados por el MINISTERIO, mediante la presentación de planillas demostrativas de gastos que documenten el destino de los mismos, de manera de resguardar el debido control del gasto. A tal efecto regirá lo establecido en la norma de rito.

Se podrá proceder a la renovación de los fondos una vez rendido al menos el cincuenta por ciento (50%) de la remesa efectuada. De no haberse ejecutado dicho porcentaje en el plazo de hasta ciento veinte (120) días desde su desembolso, deberán presentar la rendición de los fondos utilizados hasta ese momento o informar la no utilización de los mismos. Asimismo, los fondos podrán ser renovados hasta un máximo de cuatro (4) veces por ejercicio financiero.

CLÁUSULA SÉPTIMA: El otorgamiento de los fondos se instrumentará a través de un sistema de pago electrónico y gestión informatizada, bajo la modalidad de tarjetas magnéticas precargables. Dichas tarjetas serán entregadas por el MINISTERIO debiendo el MUNICIPIO dejar constancia de la recepción.

La persona designada como responsable, también será autorizada al uso del medio electrónico referido, convirtiéndose en una usuaria administradora del sistema.

CLÁUSULA OCTAVA: LAS PARTES declaran que el presente no genera vínculo comercial alguno entre ellas ni con terceros ajenos al mismo. Las actividades que se desarrollen en virtud de este Convenio, no generarán bajo ninguna índole obligación pecuniaria alguna entre ellas. Las mismas se desempeñarán regidas por los principios de buena fe, lealtad, probidad y gratuidad en el ámbito de sus respectivas competencias.

CLÁUSULA NOVENA. Las tareas encomendadas por cada parte, serán llevadas adelante por las personas que cada una de ellas designe a tales fines y efectos, sin implicar erogaciones ni obligaciones de ningún tipo respecto a la otra parte, limitándose asimismo la responsabilidad de acuerdo a lo antedicho. Cada parte asume en forma exclusiva la responsabilidad de los actos u omisiones de sus dependientes, cualquiera sea la calidad contractual de los mismos,

Thomson Reuters

debiendo responder por cualquier perjuicio que causaron a terceros en virtud del presente Convenio.

CLÁUSULA DÉCIMA: Cada una de LAS PARTES se compromete a emplear sus mejores esfuerzos con el objetivo que las tareas administrativas y operativas, a las que se hubiera obligado, se realicen en un marco de colaboración, información y participación permanente entre ellas, pudiendo de este modo, cumplir con las pautas estipuladas en este Convenio.

CLÁUSULA DECIMOPRIMERA: LAS PARTES se comprometen a mantener una comunicación fluida y actualizada en general, en todo momento y de conformidad a las normas aplicables de Confidencialidad y Protección de Datos Personales y del Banco Central de la República Argentina.

CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA: El presente Convenio tendrá vigencia desde su suscripción y hasta el día ..... del mes de ..... del año ....., pudiendo ser prorrogado en forma expresa a voluntad de LAS PARTES. No obstante, LAS PARTES se reservan el derecho de rescindirlo unilateralmente en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que ello origine responsabilidad en cualquier momento, debiendo comunicarlo fehacientemente a los domicilios indicados en el encabezamiento del presente con una antelación mínima de treinta (30) días corridos.

Ante la finalización del presente Convenio o la rescisión del mismo, el MUNICIPIO deberá presentar la rendición final y reintegrar, de existir, el saldo de los fondos otorgados.

CLÁUSULA DECIMOTERCERA: Durante toda la vigencia del presente, las partes mantendrán su individualidad y autoría. Nada de lo establecido en por la presente podrá interpretarse como una denuncia o delegación, sea expresa o implícita, de las facultades y competencias de las cuales goza cada una.

CLÁUSULA DECIMOCUARTA: Para todos los efectos legales emergentes de este Convenio, las partes constituyen sus respectivos domicilios en los indicados en el exordio del mismo, donde se tendrán por válidas todas las comunicaciones, notificaciones, citaciones, emplazamientos, que deban cursarse, sometiéndose a la jurisdicción de los Juzgados Contencioso Administrativos del Departamento Judicial La Plata, renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción.

En prueba de su conformidad, se firman dos (2) ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto a los ..... días del mes de ..... del año .....

ANEXO II

CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE LAS MUJERES, POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDAD SEXUAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y LA INSTITUCION/ENTIDAD DE BIEN PÚBLICO .....
.....

Entre el MINISTERIO DE LAS MUJERES, POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDAD SEXUAL de la Provincia de Buenos Aires, en adelante el MINISTERIO, representado en este acto por la Señora Ministra ....., con domicilio en calle ..... N°..... de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires por una parte, y la INSTITUCIÓN/ENTIDAD DE BIEN PÚBLICO ..... en adelante INSTITUCIÓN, representado en este acto por el/la Sr/Sra. ..... con domicilio en Calle ....., de la ciudad de ....., Provincia de Buenos Aires, en su carácter de..... .....por la otra, ambas denominadas conjuntamente como LAS PARTES, acuerdan celebrar el presente Convenio con el objeto de instrumentar, establecer pautas y coordinar acciones conducentes a canalizar la asignación de recursos económicos para atender distintos gastos ante la emergencia, que serán entregados a la persona en situación de violencia, su grupo familiar o a su acompañante, según lo establecido por el Decreto N° 178/2020 y la Resolución N°...../20.

CLÁUSULA PRIMERA: El presente Convenio tiene como objeto el desarrollo de acciones coordinadas institucionalmente entre el MINISTERIO y la INSTITUCIÓN, a fin de brindar en el ámbito local, una respuesta eficaz frente a las problemáticas de violencias por razones de género, que comprenden el asesoramiento, acompañamiento, solución de emergencias, ayudas económicas y seguimiento de las situaciones que se detecten o denuncien; para vehiculizar la prevención y protección como primera red de contención ante la contingencia.

CLÁUSULA SEGUNDA: Para el logro de sus objetivos, LAS PARTES se comprometen a desarrollar los siguientes ejes de trabajo y lineamientos:

a) Prevención, detección y asistencia inmediata de situaciones de riesgo de víctimas de violencia por razones de género.

b) La contribución para el fortalecimiento o en su caso conformación de la Mesa Local Intersectorial y la constitución de redes locales, regionales y provinciales a fin de optimizar la utilización de los recursos

Thomson Reuters

necesarios para abordar las problemáticas de violencias por razones de género.

c) Registro y seguimiento de los casos atendidos para que no sean recurrentes en el acaecimiento de la emergencia y situación de violencia.

CLÁUSULA TERCERA: El MINISTERIO contribuirá mediante la creación del Fondo Rotatorio denominado FONDO ESPECIAL DE EMERGENCIA EN VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO para dar respuesta a los gastos que demande la atención de las víctimas de violencias por razones de género, de acuerdo con los términos de la normativa vigente en la materia y lo estipulado en el presente.

CLÁUSULA CUARTA: La INSTITUCIÓN se compromete a utilizar los fondos recibidos, en el marco de la normativa citada en el exordio, a la resolución de las emergencias que se sucedan, procurando la debida atención y contención en las redes de las que se disponga, con los lineamientos acordados en el presente.

Los gastos que pueden ser atendidos con los fondos que se otorguen incluyen: alojamiento, traslados, medicamentos, alimentos y todo aquello que se considere necesario en la emergencia, los cuales deben ser efectuados bajo los principios de eficacia y eficiencia del gasto.

CLÁUSULA QUINTA: La INSTITUCIÓN deberá, bajo su exclusiva responsabilidad, designar a la persona encargada y responsable del uso de los fondos, quien deberá ser la máxima autoridad, o en su defecto ser miembro integrante con responsabilidad a estos efectos designada mediante acta de asamblea vigente, siendo en todos los casos requisito que sea integrante de la Mesa Local.

Dicha designación se instrumentará mediante la suscripción del Acta de Designación de Responsable. En caso de modificarse la persona responsable por cualquier causa, la INSTITUCIÓN deberá notificar con una antelación de cinco (5) días al MINISTERIO tal situación y se procederá a suscribir por parte de la INSTITUCIÓN un nuevo Acta, que será parte integrante del presente.

En caso de no estar conformada la Mesa Local en el Municipio donde la INSTITUCIÓN está radicada, la misma se compromete a contribuir a su constitución. El MINISTERIO se compromete a colaborar y ofrecer asistencia técnica para la creación de dicha Mesa.

CLÁUSULA SEXTA: La INSTITUCIÓN a través de la persona responsable designada se compromete a rendir la utilización de los montos otorgados por el MINISTERIO, mediante la presentación de planillas demostrativas de gastos que documenten el destino de los mismos, de manera de resguardar el debido control del gasto. . A tal efecto regirá lo establecido en la norma de rito.

Se podrá proceder a la renovación de los fondos una vez rendidos al menos el cincuenta por ciento (50%) de la remesa efectuada. De no haberse ejecutado dicho porcentaje en el plazo de hasta 120 días desde su desembolso, deberán presentar la rendición de los fondos utilizados hasta ese momento o informar la no utilización de los mismos.

Asimismo, los fondos podrán ser renovados hasta un máximo de cuatro (4) veces por ejercicio financiero.

CLÁUSULA SÉPTIMA: El otorgamiento de los fondos se instrumentará a través de un sistema de pago electrónico y gestión informatizada, bajo la modalidad de tarjetas magnéticas precargables. Dichas tarjetas serán entregadas por el MINISTERIO debiendo la INSTITUCIÓN dejar constancia de la recepción.

La persona designada como responsable, también será autorizada al uso del medio electrónico referido, convirtiéndose en una usuaria administradora del sistema.

CLÁUSULA OCTAVA: LAS PARTES declaran que el presente no genera vínculo comercial ni laboral alguno entre ellas ni con terceros ajenos al mismo. Las actividades que se desarrollen en virtud de este Convenio, no generarán bajo ninguna índole, obligación pecuniaria alguna entre ellas. Las mismas se desempeñarán regidas por los principios de buena fe, lealtad, probidad y gratuidad en el ámbito de sus respectivas competencias.

CLÁUSULA NOVENA: Las tareas encomendadas por cada parte, serán llevadas adelante por las personas que cada una de ellas designe a tales fines y efectos, sin implicar erogaciones ni obligaciones de ningún tipo respecto a la otra parte, limitándose asimismo la responsabilidad de acuerdo a lo antedicho. Cada parte asume en forma exclusiva la responsabilidad de los actos u omisiones de sus dependientes, cualquiera sea la calidad contractual de los mismos, debiendo responder por cualquier perjuicio que causaron a terceros en virtud del presente Convenio.

CLÁUSULA DÉCIMA: Cada una de LAS PARTES se compromete a emplear sus mejores esfuerzos con el objetivo que las tareas administrativas y operativas, a las que se hubiera obligado, se realicen en un marco de colaboración, información y participación permanente entre ellas, pudiendo de este modo, cumplir con las pautas estipuladas en este Convenio.

Thomson Reuters

CLÁUSULA DECIMOPRIMERA: LAS PARTES se comprometen a mantener una comunicación fluida y actualizada en general, en todo momento y de conformidad a las normas aplicables de Confidencialidad y Protección de Datos Personales y del Banco Central de la República Argentina.

CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA: El presente Convenio tendrá vigencia desde su suscripción y hasta el día ..... del mes de ..... del año ....., pudiendo ser prorrogado en forma expresa a voluntad de LAS PARTES. No obstante, LAS PARTES se reservan el derecho de rescindirlo unilateralmente en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que ello origine responsabilidad en cualquier momento, debiendo comunicarlo fehacientemente a los domicilios indicados en el encabezamiento del presente con una antelación mínima de treinta (30) días corridos.

Ante la finalización del presente Convenio o la rescisión del mismo, la INSTITUCIÓN deberá presentar la rendición final y reintegrar, de existir, el saldo de los fondos otorgados.

CLÁUSULA DECIMOTERCERA: Durante toda la vigencia del presente, las partes mantendrán su individualidad y autoría. Nada de lo establecido por la presente podrá interpretarse como una denuncia o delegación, sea expresa o implícita, de las facultades y competencias de las cuales goza cada una.

CLÁUSULA DECIMOCUARTA: Para todos los efectos legales emergentes de este Convenio, las partes constituyen sus respectivos domicilios en los indicados en el exordio del mismo, donde se tendrán por válidas todas las comunicaciones, notificaciones, citaciones, emplazamientos, que deban cursarse, sometiéndose a la jurisdicción de los Juzgados Contencioso Administrativos del Departamento Judicial La Plata, renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción.

En prueba de su conformidad, se firman dos (2) ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto a los ..... días del mes de ..... del año .....

ANEXO III

ACTA DE DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE

Por la presente el/la Sr./Sra. ..... en su carácter de ..... viene a dar cumplimiento a lo establecido en la CLÁUSULA CUARTA del Convenio de Colaboración suscripto entre el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual y ..... con fecha ..... Designando como persona responsable para el manejo de los montos otorgados en el marco Fondo Especial de Emergencia en Violencias por Razones de Género al Sr./Sra. ....., con DNI N°..... Email ....., teléfono ..... en su carácter de ....., quien a su vez manifiesta conocer y prestar conformidad con los términos establecidos en el mentado Convenio, comprometiéndose a dar cumplimiento a los mismos.

En la ciudad de ..... a los ..... días del mes de .....del año .....-

Firma Autoridad Firma Responsable

Thomson Reuters

ANEXO IV

PLANILLA DEMOSTRATIVA DE GASTOS DEL FONDO ESPECIAL DE EMERGENCIA EN VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO			
Nombre y Apellidos de la destinataria:			
Tipo y N° Documento			
Domicilio		Localidad	
Responsable:			
Fecha Otorgamiento		Monto Otorgado	
Banco de la Provincia de Buenos Aires			
N° de Sucursal:	N° de CBU a acreditar el pago:		
Fecha	Descripción del Gasto	Tipo de Comprobante (*1)	Monto
Lugar y Fecha	Firma y aclaración		
(*1) Se debe tener presente que solo serán tenidos por válidos los tickets, facturas o recibos equivalentes tipo "B" o "C" a nombre de la Beneficiaria o del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual. Las mismas deberán ajustarse a las normas establecidas por la AFIP en su Resolución General N° 1415/03 y modificatorias, o la que en el futuro modifique o reemplace y acompañada por el Informe Técnico de rigor.-			

Thomson Reuters

Modelo Informe Técnico Final

Nombre y Apellido de la destinataria:.....

Tipo y N° DNI:.....

Diagnóstico del caso:.....

Resumen del caso .....

.....

.....

.....

Abordaje:.....

.....

.....

.....

Situaciones ofrecidas:.....

.....

.....

.....

Situación actual:.....

.....

.....

.....

Observaciones/aclaraciones:.....

.....

.....

Lugar y fecha .....

Firma y aclaración de la responsable

Thomson Reuters

RESOLUCIÓN 57 (M.M.)

Plan de Emergencia Humanitaria en Género y Violencia Contra la Mujer.

Fecha: 23/04/2020

Publicación: B.O. 13/05/2020

VISTO:

La Ley N° 10.690 de adhesión de la Provincia de Córdoba a la Emergencia Pública Sanitaria declarada por el Estado Nacional, el Decreto N° 195/2020 y la Resolución N° 36/2020 del Ministerio de la Mujer.

Y CONSIDERANDO:

Que mediante Ley N° 10.690 la Provincia de Córdoba adhirió a la Emergencia Pública Sanitaria declarada por el Estado Nacional mediante Ley N° 27.541 y normativa complementaria y, consecuentemente, el Poder Ejecutivo Provincial dispuso el receso administrativo mediante el Decreto N° 195/2020 de fecha 16 de marzo de 2020, prorrogado sucesivamente mediante los decretos N° 235/2020 y N° 245/2020.

Que, en el marco de la situación planteada, la Ministra de la Mujer aprobó un Plan de Contingencia en la jurisdicción provincial mediante Resolución N° 36 de fecha 20 de marzo de 2020, mediante la cual se instruyó a la Secretaría de Lucha Contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas a ejecutar lo necesario para garantizar la continuidad de las acciones de prevención y contención brindadas a las mujeres en situación de violencia.

Que, a nivel nacional, mediante Decisión Administrativa N° 524 de fecha 18 de abril de 2020, se dispuso exceptuar del aislamiento social, preventivo y obligatorio al personal afectado a determinadas actividades y servicios, entre ellos, a establecimientos para la atención de personas víctimas de violencia de genero.

Que dicho plexo normativo dispone que cada jurisdicción provincial deberá dictar las reglamentaciones necesarias para el desarrollo de las actividades y servicios exceptuados.

Que atento a la emergencia pública en materia sanitaria, el aislamiento social, preventivo y obligatorio para combatir el coronavirus, no implica seguridad y tranquilidad para muchas personas, en su mayoría mujeres, niños/as y adultos mayores, ya que el hogar es un lugar de riesgo vinculado a situaciones de violencia por razones de género, que se intensifican con el estrés causado por la evolución de la pandemia, además de la incertidumbre económica, sanitaria y de seguridad.

Que, en toda la extensión del territorio provincial, y atento al aislamiento social obligatorio, las consultas y denuncias por violencia de género y familiar aumentaron considerablemente, respecto a períodos anteriores.

Que, ante tal escenario crítico, el Ministerio de la Mujer se incorporó al Centro de Operaciones de Emergencia de la Provincia de Córdoba (C.O.E.), creado mediante Resolución N° 311/2020 en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.

Que atento a las situaciones de riesgo que se pudieran presentar en este nuevo escenario de emergencia sanitaria y con la limitación de la circulación, es que resulta necesario disponer de acciones estratégicas para mitigar las consecuencias que la emergencia sanitaria y el aislamiento social, preventivo y obligatorio producen en materia de violencia por razones de género, a los fines de fortalecer la asistencia brindada a las mujeres y garantizar una contención real.

Por todo ello, lo dispuesto por la normativa citada y en ejercicio de las atribuciones y competencias conferidas mediante artículo 40 del Decreto N° 1615/2019;

La Ministra de la Mujer resuelve:

Art. 1° - Apruébase el "Plan de Emergencia Humanitaria en Género y Violencia Contra la Mujer", consistente en acciones estratégicas para mitigar las consecuencias que la emergencia pública sanitaria produce en materia de género y violencia contra la mujer, conforme alcance previsto en el Anexo Único, que como tal, forma parte integrante de la presente resolución.

Art. 2° - Protocolícese, etc. – Martínez.

Ver Anexo en https://informacionlegal.com.ar

Thomson Reuters

DECRETO 155

Creación del Programa "PUNTO MUJER CÓRDOBA".

Fecha: 06/03/2020

Publicación: B.O. 29/04/2020

VISTO:

El Expediente número 0755-000036/2020 del Registro del Ministerio de la Mujer.

Y CONSIDERANDO:

Que en los presentes actuados se propicia la creación del Programa Punto Mujer Córdoba.

Que la señora Ministra de la Mujer impulsa el presente Programa, entendiendo que las condiciones estructurales de desigualdad entre el hombre y la mujer hacen necesario adoptar diversas estrategias no sólo para combatir la problemática de la violencia y las diferentes modalidades y ámbitos en que ésta se produce, sino también, para fortalecer procesos de prevención, contención y acompañamiento que le permitan superar la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres.

Que es prioridad de esta gestión provincial adoptar las medidas conducentes a generar conciencia social, estableciendo valores que erradiquen todo tipo de violencias hacia las mujeres, a los fines de garantizar sus derechos y así lograr una mejora en su calidad de vida.

Que la misma conforma una política de estado, plasmada e instaurada mediante en la Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo del Gobierno de la Provincia Decreto N° 1.615/19, facultando y delegando competencias al Ministerio de la Mujer para asistir al Poder Ejecutivo en todo lo atinente a la promoción, protección y restitución de los derechos de las mujeres, mediante el diseño y coordinación de políticas públicas, desde una perspectiva de género y derechos humanos; respetando la diversidad, promoviendo el empoderamiento en los diferentes ámbitos, propiciando la igualdad de género y procurando poner fin a todo tipo de violencias y discriminación.

Asimismo, promover el desarrollo de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todas las mujeres en el territorio provincial.

Que, a mérito de ello, se resuelve la creación del Programa PUNTO MUJER CORDOBA, a través del cual se instalarán en toda la extensión del territorio provincial centros estratégicos de promoción, prevención, asesoramiento, asistencia integral y protección en ámbitos públicos y privados, constituyendo un espacio seguro de orientación, acompañamiento y contención ante el acoso, abuso y otras situaciones de violencia de género.

Que los mismos brindarán asistencia a las mujeres en diferentes situaciones de vulnerabilidad, tales como: si una niña/o pierde a sus padres o responsables a cargo; si una adolescente pierde a las personas que la acompañaban; si una mujer necesita información sobre una situación de violencia que ha sufrido ella o alguien que ella conoce; si una mujer presencia una situación de violencia o está en situación de violencia o en caso de observar que una mujer, niña o adolescente no puede actuar o responder de manera autónoma; si una mujer recibe una agresión, es acosada, perseguida o abusada, entre otras.

Que, a los fines de garantizar un funcionamiento eficiente de la iniciativa, resulta necesario constituir una Unidad Ejecutora, responsable del seguimiento y articulación de las diferentes actividades que integran el Programa.

Por ello, actuaciones cumplidas, normativa citada, lo dictaminado por el Área de Asuntos Legales del Ministerio de la Mujer con el N° 054/2020, por Fiscalía de Estado bajo el N° /2020 y en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 24 y 144, inciso 2°, de la Constitución Provincial;

El Gobernador de la Provincia decreta:

Art. 1° - CREACIÓN: Créase el Programa "PUNTO MUJER CORDOBA" que funcionará en toda la extensión del territorio provincial.

Art. 2° - AUTORIDAD DE APLICACIÓN: Desígnase como autoridad de aplicación del Programa "PUNTO MUJER CORDOBA" al Ministerio de la Mujer, el que tendrá la facultad de dictar las normas reglamentarias que fuesen necesarias para la ejecución del presente Programa provincial.

Art. 3° - OBJETO: El Programa "PUNTO MUJER CORDOBA" consistirá en la instalación de centros estratégicos de promoción, prevención, asesoramiento, asistencia integral y protección en ámbitos públicos y privados para mujeres, constituyendo un espacio seguro de orientación, acompañamiento y contención ante el acoso, abusos, agresiones y otras situaciones de violencia de género.

Art. 4° - UNIDAD EJECUTORA: Dispónese la creación de la Unidad Ejecutora del Programa "PUNTO

Thomson Reuters

MUJER CORDOBA" que tendrá como función, coordinar los centros estratégicos, su instalación, puesta en funcionamiento, la aplicación efectiva de los Protocolos, el seguimiento y monitoreo de los casos.

Art. 5° - PRINCIPIOS RECTORES:

a) Promover la lucha contra la violencia de género y contra cualquier forma de discriminación hacia las mujeres.

b) Fortalecer los procesos de prevención, asistencia y contención brindados desde el ámbito público y privados, a las mujeres en situación de violencia.

c) Impulsar y articular políticas de género con distintos actores públicos y privados, necesarios para promover el enfoque territorial integral, transversal y sectorial.

d) Concientizar, sensibilizar y comprometer a la ciudadanía en general para prevenir y erradicar todo tipo de violencia hacia las mujeres, contribuyendo a forjar una sociedad libre de violencias.

e) Combatir las causas estructurales que afectan y obstaculizan el ejercicio y goce pleno de los derechos humanos de las mujeres.

f) Promover la instauración de "PUNTO MUJER CORDOBA" en todo el territorio provincial, con criterios de densidad poblacional, acceso a derechos por parte de las mujeres y creación de redes comunitarias de protección y acompañamiento.

g) Brindar una línea de acción específica para abordar las violencias en el espacio público y/o coordinar con otras áreas del estado para prevenirlas y asistirlas.

Art. 6° - ACCIONES ESTRATÉGICAS:

a) Capacitación: La Unidad Ejecutora deberá capacitar a todo el personal dependiente de las distintas organizaciones y entidades públicas y privadas que se encuentren afectados al servicio del Punto Mujer Córdoba.

b) Ejecución y coordinación: consiste en la instalación del dispositivo y su puesta en funcionamiento, lo que se realizará bajo la dirección de la Unidad Ejecutora, en coordinación con el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud, y todos los organismos públicos y privados involucrados, los que deberán responder de conformidad al Protocolo de Acción del Programa.

c) Promoción: Brindar información a las personas sobre el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencias. Promover espacios públicos seguros para las mujeres, niñas y adolescentes.

d) Prevención: Sensibilizar y concientizar a la sociedad sobre la problemática de las violencias hacia las mujeres.

e) Acompañamiento: Asistir a mujeres en situación de vulnerabilidad y violencia de género, la detección temprana, y derivación, que impliquen acciones conjuntas entre el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Salud siguiendo un protocolo de acción.

f) Orientación: Contactar y/o derivar a los servicios sanitarios, fuerzas de seguridad o Polo de la Mujer en Situación de Violencia cuando la situación lo requiera.

g) Seguimiento: desde los Puntos Mujer Córdoba en coordinación con las fuerzas de seguridad y el dispositivo sanitario, se realizará un seguimiento de las intervenciones realizadas.

Art. 7° - PROTOCOLO DE ACTUACIÓN: El personal afectado al funcionamiento de los centros estratégicos de atención y asesoramiento procederán conforme los siguientes lineamientos:

PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN

a.- Informar a la ciudadanía sobre la existencia del Punto Mujer Córdoba, sus funciones y ubicación.

b.- Sensibilizar a las personas que asisten a los eventos públicos mediante campañas de difusión, con la presencia de Puntos Mujer Córdoba en los mismos.

c.- Visibilizar la problemática de la violencia de género en los espacios públicos, mediante la creación de redes comunitarias que lideren estas acciones de promoción.

ASISTENCIA

d.-Garantizar los recursos para la orientación y la asistencia de las personas que se acercan al Punto Mujer Córdoba, como así también para prevenir situaciones de violencia, abusos o agresiones, entre los que se puede enunciar: lactarios, cambiadores, Kit de contingencia, cargador de celular, kit de primeros auxilios.

CONTENCIÓN

e.- Todo el personal afectado al Punto Mujer Córdoba y dentro del ámbito territorial donde se encuentre

Thomson Reuters

localizado el mismo, será responsable de la detección de situaciones de violencia de género, quienes deberán brindar en forma inmediata la asistencia correspondiente.

f.- En ningún caso se revictimizará a la mujer. Se garantiza siempre la confidencialidad, evitando la exposición de la persona agredida.

g.- El personal deberá garantizar el acceso a todos los recursos disponibles para resguardar a la persona que consulta y prevenir que sucedan nuevas situaciones. (Teléfonos, direcciones del Polo Integral de la Mujer y de la Unidad Judicial más cercana, Centros de Salud).

h.- En todos los casos que ocurra una situación de violencia se contará con el apoyo del Ministerio Público Fiscal que coordinará con el personal del Punto Mujer Córdoba a los fines de la correcta derivación y atención de la persona.

i. -Las personas a cargo de los Puntos Mujer Córdoba no deben interactuar, ni enfrentarse al denunciado, debiendo solicitar la intervención de la autoridad competente.

DERIVACIÓN - CÓDIGO DE PRIORIDAD: "ALERTA MUJER"

j.- Ante el requerimiento de intervención de una situación de violencia y de acuerdo al grado de urgencia y riesgo, desde el Punto Mujer Córdoba será derivada a las autoridades que correspondan, tales como Fuerza Policial, del Servicio de Salud y/o Emergencias, Ministerio Publico Fiscal; dichas instituciones actuarán conforme al código de prioridad en la atención denominado "Alerta Mujer", cuyo dictado y reglamentación queda a cargo del Ministerio de la Mujer.

SEGUIMIENTO:

k.- Se llevará el registro de los casos atendidos, a los fines de su seguimiento y en garantía de la debida atención.

Art. 8° - ACCIONES DE COOPERACIÓN: Facúltase al Ministerio de la Mujer, a suscribir acuerdos, convenios marco y en general instrumentos de cooperación institucional con organismos públicos y/o privados, y en especial con el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Gobierno, Policía de la Provincia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Salud, y con organizaciones e instituciones privadas, colegios profesionales, sindicatos, universidades, organizaciones intermedias, instituciones, cooperativas, municipalidades, y otras entidades autónomas y/o autárquicas, a los fines de garantizar la implementación del Programa.

Art. 9° - Facúltase al señor Ministro de Finanzas a realizar de todas las adecuaciones presupuestarias que se deriven de lo dispuesto en el presente Decreto.

Art. 10. - El presente Decreto será refrendado por la señora Ministra de la Mujer, el señor Ministro de Finanzas y el señor Fiscal de Estado.

Art. 11. - Protocolícese, etc. – Schiaretti – Martínez – Córdoba – Giordano.

RESOLUCIÓN 36 (M.M.)

Aprobación del Plan de Contingencia presentado por la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas.

Fecha: 20/03/2020

Publicación: B.O. 29/04/2020

VISTO:

Que el Decreto N° 195/20, La Ley de Emergencia Pública Sanitaria de la Provincia de Córdoba N° 10.690, la Resolución N° 142/20 de la Secretaria General de la Gobernación y atendiendo a que el Estado de la Provincia de Córdoba lleva adelante una Política Pública sostenida en materia de Equidad de Género y Lucha contra la Violencia a la Mujer, como así también en materia sanitaria

Y CONSIDERANDO:

Que en el marco de la Emergencia Sanitaria Nacional dispuesta por Decreto N° 486/2002, Ley N° 27.541 y DNU N° 260/2020, el Gobierno de la Provincia de Córdoba ha dictado el Decreto N° 156/2020 y Decreto N° 157/2020 estableciendo el Estado de Alerta, Prevención y Acción Sanitaria, ante la detección de casos de Dengue, Coronavirus, Sarampión y cualquier otra enfermedad de alto impacto sanitario y social que pue-dan causar brotes y epidemias que afecten o puedan afectar a la Provincia de Córdoba.

Que siguiendo lo establecido en la normativa nacional y provincial mencionada, a través del Decreto N° 195/2020 y por las mismas razones expuestas, ha dispuesto adherir a lo resuelto por el Estado Nacional al respecto, por ello dispondrá el receso de la Administración Pública Provincial centralizada y descentralizada, a partir de las catorce horas (14hs.) del día diecisiete de marzo, y hasta el día 31 de marzo próximo, estableciendo excepciones de las áreas indispensables para garantizar el funcionamiento del estado provincial.

Thomson Reuters

Que en dicho decreto se exceptúan las áreas indispensables para el funcionamiento del estado provincial las cuales se explicitan en la presente norma.

Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia mediante Acuerdo Reglamentario N°1620 declaró receso judicial extraordinario por razones sanitarias, desde el 17 hasta el 31 de marzo inclusive.

Que mediante Resolución Numero 142 dictada por la Secretaria General de la Gobernación, se aprueba el instructivo correspondiente al receso estableciendo las guardias mínimas y la modalidad de "teletrabajo".

Que conforme el Decreto N° 1615/19 en su artículo 40 son funciones de este Ministerio adoptar las medidas necesarias para erradicar la violencia contra las mujeres, la violencia intrafamiliar violencia basada en género, como así también la prevención de la trata de personas en todas sus modalidades, los delitos conexos y delitos contra la integridad sexual garantizando la plena vigencia de sus derechos; dirigir gestionar y coordinar el Polo Integral de la Mujer en Situación de Violencia, y ser autoridad de aplicación del Programa "Córdoba con Ellas "implementado por el Decreto N° 1330/16.

Que, para muchas personas, en su mayoría mujeres, niños/as y adultos mayores, el hogar es un lugar de riesgo vinculado a situaciones de violencia por razones de género, que se intensifican con el estrés causado por la evolución de la pandemia, el miedo al contagio y, la incertidumbre económica, los cambios de rutina y la permanencia en la casa. El aislamiento de contacto y circulación que se plantean como necesarios para combatir el coronavirus, no implican el aislamiento social o la pérdida de vínculos personales. Es en estas situaciones, donde las mujeres que atraviesan situaciones de violencia, necesitan mayor apoyo y protección.

Que atento a las situaciones de riesgo que se pudieran presentar en es-te nuevo escenario y con la limitación de la circulación, es que resulta necesario generar un Plan de Contingencia para contener asistir y ofrecer protección a las Victimas, como así también organizar y extremar las medidas de seguridad con el personal de este Ministerio.

Todas las acciones que demande este Plan se ejecutaran en articulación con el Poder Judicial, a través del Ministerio Publico Fiscal, y las diversas Áreas de Gobierno involucradas Que la Secretaria de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas ha presentado el Plan de Contingencia para afrontar la situación de pandemia de coronavirus.

Por ello, la normativa citada y en ejercicio de sus facultades;

La Ministra de la Mujer resuelve:

Art. 1° - Apruébase a partir de la fecha del presente instrumento legal el Plan de Contingencia presentado por la Secretaria de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas que como Anexo Único forma parte integrante de la presente resolución, sujeto a la vigencia que a tal efecto ha establecido y en el futuro establezca el Gobierno de la Provincia de Córdoba y el Estado Nacional en el marco de la normativa citada.

Art. 2° - Instrúyase a la Sra. Secretaria de Lucha Contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas a ejecutar el Plan de Contingencia.

Art. 3° - Instrúyase a la Sra. Directora General del Córdoba con Ellas a tomar las medidas conducentes para la continuidad del servicio prestado en el marco del Programa "Córdoba con Ellas", implementado por Decreto Numero 1330/16.

Art. 4° - Instrúyase a la Sra. Directora General de Coordinación Administrativa a tomar las medidas conducentes para la continuidad del servicio.

Art. 5° - Protocolícese, etc. – Martínez.

ANEXO ÚNICO

PLAN DE CONTINGENCIA

SECRETARÍA DE LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA A LA MUJER Y TRATA DE PERSONAS

MINISTERIO DE LA MUJER

En virtud de la Pandemia COVID 19 que está afectando a nuestro país y al mundo y las medidas tomadas por el gobierno de la provincia de Córdoba para mitigar sus consecuencias, la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas del Ministerio de la Mujer, ha organizado las tareas y el personal para llevarlas a cabo en cuatro modalidades de trabajo a los fines de evitar el tránsito de personas en las instituciones, garantizando la asistencia a personas en situación de violencia.

La metodología de trabajo de la jurisdicción estará sujeta a cambios, si se modifican las medidas tomadas por los gobiernos nacional y provincial, y los organismos de salud. En el caso de ser necesario, se reforzarán dos áreas críticas de la Secretaría que son: la línea de asistencia telefónica 24 horas -0800 888 9898- y la Brigada de Protección Integral a la Mujer.

Thomson Reuters

Las áreas de la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas del Ministerio de la Mujer, organizarán sus actividades en la modalidad de teletrabajo, entre el 18 de marzo y el 31 de marzo, pudiendo prorrogarse en la medida que resulte necesario.

GUARDIAS MÍNIMAS:

Guardias Activas

Áreas que tendrán personal en el Ministerio para atender todos los días las 24 horas

- Brigada de Protección Integral a la Mujer: un profesional dedicado a la contención y asistencia de personas en situación de violencia en emergencia o derivadas por la Policía, Centros de Salud o Unidades Judiciales.

- Refugio

- Unidad Judicial de Delitos Contra la Integridad Sexual (Dependiente del MPF)

- Unidad Judicial de Violencia Familiar (Dependiente del MPF)

- Unidad Contravencional de Violencia de Genero (Dependiente del MPF)

- Centro de Salud

- Sala Cuna

Guardias Pasivas

Este tipo de trabajo será el que realicen las áreas que se encuentren realizando teletrabajo y en el caso de que los equipos evalúen un riesgo alto, deberán pasar a guardia activa e intervenir.

- Constataciones

- Centro Integral de Varones

- Asistencia Violencia

- Delitos contra la Integridad Sexual

- Trata de Personas.

- Psiquiatra: un profesional del Centro Integral de Varones estará de guardia para el caso que sea necesario su intervención.

- Brigada de Protección Integral a la Mujer en situación de violencia.

TELETRABAJO

Todo el personal que presta servicios en esta jurisdicción y en especial las áreas de asistencia a las víctimas de violencia familiar y de género; delitos contra la integridad sexual; trata de personas; constataciones y centro de varones cumplirán sus funciones bajo la modalidad de teletrabajo de conformidad al "Instructivo correspondiente al receso dispuesto por Decreto N° 195/20" dispuesto por la Secretaria General de la Gobernación, por lo que se encontrarán a disposición en el horario establecido como jornada laboral habitual desde el domicilio de su residencia, recibiendo las instrucciones, consultas, reprogramaciones, valoraciones, apoyo psicológico, acompañamiento de víctimas, entre otras tareas asignadas a cada uno de ellos, bajo su responsabilidad, evitando de esta manera el resentimiento del servicio.

- Cada una de las directoras o jefas de la cartera ministerial que comprendan las áreas de trabajo citadas, constituirán una guardia pasiva de trabajo las veinticuatro (24) horas, siempre bajo la modalidad remota, la que será formada por grupos de labor rotativo, con el objeto de cumplir funciones y prestar el servicio fuera del horario habitual de trabajo de cada uno de ellas, inclusive en horario nocturno, los fines de semana, días feriados o inhábiles de trabajo.

- Constataciones: realizará el seguimiento telefónico y la valoración de riesgo. También elaborará los informes. En el caso de detectar un alto riesgo se pondrá en contacto con el equipo de guardia para realizar la asistencia correspondiente, consistente en la entrevista a la víctima y al denunciado.

- Capacitación/Formación en oficios: se pondrá en marcha estrategias y herramientas para continuar con la capacitación de manera virtual.

- Red Municipalista de Lucha contra las Violencias a las Mujeres: se realizará la transmisión de protocolos de actuación en esta situación de emergencia a los equipos del Ministerio en el Interior de la provincia y a los equipos de las localidades a través del correo electrónico y de las redes de contacto. Se actualizarán los recursos provinciales. Se pondrá en conocimiento del Programa Punto Mujer y el convenio a firmar entre el Ministerio y gobierno locales para llevar a cabo, así como también se conformará el cronograma de capacitaciones para los equipos que los implementarán.

- Ley Micaela: se continuará con el seguimiento de la capacitación virtual en marcha y la inscripción para próximos cursos.

- Centro de Varones: se suspenderán los grupos y se realizará el seguimiento telefónico de las personas

Thomson Reuters

que asisten al Centro, realizarán informes de valoración, en base a las denuncias. En el caso de detectar un alto nesgo se pondrá en contacto con el equipo de guardia para realizar la entrevista correspondiente.

LÍNEA DE ASISTENCIA TELEFÓNICA - 0800 888 9898

El personal que se encuentre afectado al servicio de la LÍNEA DE ASISTENCIA TELEFÓNICA -0800 888 9898- constituido a los fines de paliar la emergencia sanitaria, prestará funciones de manera remota y continua de trabajo, es decir desde su domicilio, bajo un sistema rotativo con una jornada de trabajo, ajustable al requerimiento del servicio hasta el día 31 de marzo del corriente año, o hasta la fecha que como prórroga el Poder Ejecutivo Provincial disponga.

COMUNICACIÓN

Se realizará una campaña a través de diferentes medios de comunicación para difundir las siguientes herramientas:

- Medidas de autoprotección para personas en situación de violencia.

- Número de asistencia telefónica 0800 888 9898.

- Importancia del acompañamiento a través de redes comunitarias.

Thomson Reuters

LEY 6166

Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19 Coronavirus -- Ratificación del decreto-acuerdo 776-S y su Anexo I "Plan de Acción Integral de Adultos Mayores -COVID-19" con su rectificatorio dec. 782-S.

Sanción: 24/04/2020

Promulgación: 28/04/2020

Publicación: B.O. 29/04/2020

Art. 1° - Ratifícase el Decreto-Acuerdo N° 776-S-20 y su Anexo I "Plan de Acción Integral de Adultos Mayores -COVID-19" con su rectificatorio Decreto N° 782-S-20.

Art. 2° - Comuníquese, etc.

DECRETO 782-S

Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19 coronavirus -- Modificación del dec. acuerdo 776-S.

Fecha: 17/04/2020

Publicación: B.O. 20/04/2020

VISTO:

El Decreto Acuerdo N° 776-S-2020, y;

CONSIDERANDO:

Que, por el citado instrumento legal se dispuso la aprobación del "Plan de acción de adultos mayores COVID-19 CORONAVIRUS" y la creación de la "Mesa de trabajo Adultos Mayores";

Que, en el Anexo I, punto 7, se deslizo un erro material involuntario respecto al "Sistema de Voluntarios", pues quedo claro que quedara a cargo del "Ministerio de Desarrollo Humano".

Por ello, en uso de las facultades que son propias

El Gobernador de la Provincia decreta:

Art. 1° - Rectifíquese el Anexo I, Punto 7 del Decreto Acuerdo N° 776-S2020 de fecha 15 de Abril de 2020, donde dice "Subsecretaria de Atención, Promoción y Prevención de la Secretaria de Salud, debe decir "Ministerio de Desarrollo Humano".

Art. 2° - El presente decreto será refrendado por los Ministros de Salud y Desarrollo Humano.

Art. 3° - Registrase, etc. – Morales.

DECRETO-ACUERDO 776-S

Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19 Coronavirus.

Fecha: 15/04/2020

Publicación: B.O. 20/04/2020

VISTO:

Los Decretos Acuerdo Provinciales N° 696-S-20, 741-G-20, 750-G-20, normas concordantes; Resoluciones del Comité Operativo de Emergencia (COE) COVID19; y,

CONSIDERANDO:

Que, por la compleja situación sanitaria y epidemiológica nacional e internacional, el Gobierno Provincial, en forma directa, y a través del Comité Operativo de Emergencia (COE) COVID-19, asume vitales acciones priorizando la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos, por la necesidad y perentoriedad de mitigar y contener la diseminación de COVID-19 (coronavirus), reforzando el sistema de salud.

Que, la letalidad de la pandemia, afecta particularmente a la población de adultos mayores, considerado grupo de riesgo o de mayor vulnerabilidad, definido, por edad y factores de comorbilidad.

Que, para eficacia y eficiencia, las medidas de prevención, protección y profilaxis, por cierto, decisivas, exigen el trabajo permanente, conjunto, coordinado, y solidario, de instituciones públicas, privadas, de la

Thomson Reuters

sociedad en general, y la concientización y protección familiar, asegurando sostén, acompañamiento y cuidado permanente de los adultos mayores;

Que, en ese contexto, resulta procedente y perentorio, crear una Mesa de Trabajo específica, que defina y asuma las estrategias de comunicación, atención, y cuidado general, estableciendo protocolos de actuación, integrada por distintas áreas de Gobierno, Intendencias, Comisiones Municipales, con participación de sectores de la sociedad civil, y asociaciones comprometidas con la asistencia integral, médica y social de los adultos mayores.

Que, dichas acciones y la atención integral, en un estado de emergencia epidemiológica, demandará erogaciones de carácter extraordinario, orientadas a satisfacer las necesidades sanitarias y sociales.

Por lo expuesto, en ejercicio de atribuciones que son propias;

El Gobernador de la Provincia en Acuerdo General de Ministros decreta:

Art. 1° - Apruébase el "PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL DE ADULTOS MAYORES COVID-19 CORONAVIRUS", a implementarse en todo el territorio de la Provincia de Jujuy, que, como ANEXO I, forma parte integrante del presente Decreto Acuerdo.

Art. 2° - Mientras dure la pandemia, créase la MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES, que, presidida por la Subsecretaria de Atención, Promoción y Prevención de la Secretaría de Salud, será integrada por representantes designados por los Ministerios de Salud, Desarrollo Humano, Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto; Dirección Provincial de elaciones con la Sociedad Civil, y Secretaria de Relaciones y Asuntos Municipales.

Art. 3° - Invítase al Instituto de Seguros de Jujuy y Obra Social Nacional -PAMI-, a designar representantes, que se incorporarán a la MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES.

Art. 4° - La MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES será autoridad de aplicación del "PLAN DE ACCION INTEGRAL DE ADULTOS MAYORES COVID-19 CORONAVIRUS" en el territorio de la Provincia de Jujuy, definiendo las estrategias sociosanitarias, protocolos, y comunicación, que engloben la atención, sostén, cuidados, y seguridad de los Adultos Mayores, coordinando acciones de los Ministerios, Comité Operativo de Emergencia (COE) COVID-19; Intendencias, Comisiones Municipales, asociaciones, y sectores de la sociedad civil, para concientización y protección del grupo de riesgo, por parte de la sociedad en general, y de la familia en particular.

Art. 5° - El Ministerio de Desarrollo Humano, tendrá a cargo la conformación, control y coordinación, del sistema de voluntarios, que actuará en el marco de aplicación del PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL DE ADULTOS MAYORES COVID-19.-

Art. 6° - La MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES, coordinará su actuación con el Comité Operativo de Emergencia (COE) COVID-19, que aprobará las medidas y acciones de emergencia epidemiológica, que se implementan en el marco del Plan.

Art. 7° - Dispónese la transferencia de las estructuras, comprendiendo infraestructura y personal, de las residencias de larga estadía desde el Ministerio de Desarrollo Humano al Ministerio de Salud; quedando comprendidas la Del Rosario de la localidad de Tilcara, Nuestra Señora del Carmen de la localidad de Perico, Dr. Pérez Frías de la localidad del Carmen, y Guillermón de la localidad de San Salvador de Jujuy.

Art. 8° - Instrúyese que el personal que presta servicios en el sistema de salud y cuidados de Adultos Mayores dependiente del Ministerio de Salud, y efectores que integran el sistema privado de salud a través de geriátricos y residencias de personas mayores, cualquiera sea su situación de revista y lugar dónde preste servicios, queda sometido y disponible obligatoriamente, durante la emergencia epidemiológica y sanitaria por COVID-19, a requerimientos de la MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES.

Art. 9° - Las Secretarías, Direcciones y Áreas que integren la MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES, mantendrán sus respectivos presupuestos y recursos humanos, los que estarán a disposición de las decisiones que dicte la MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES.

Art. 10. - Autorizase al Ministerio de Hacienda y Finanzas a efectuar las modificaciones presupuestarias y transferencias de crédito necesarias para el cumplimiento del presente ordenamiento.

Art. 11. - Dese a la Legislatura de la Provincia para ratificación.

Art. 12. - Regístrese, etc. – Morales.

ANEXO I

PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL DE ADULTOS MAYORES -COVID-19-

Objetivo General:

Thomson Reuters

Establecer la red de acciones y atención integral, desde la prevención, protección y profilaxis, para sostén, control, contención, cuidados, vigilancia y seguridad, del grupo de riesgo de adultos mayores -personas de más de sesenta (60) años-, orientada a satisfacer sus necesidades sanitarias y sociales, en el marco de emergencia sanitaria por COVID-19.

Objetivos Específicos:

- Conformar la MESA DE TRABAJO COVID-19 ADULTOS MAYORES, su estructura, integrantes, presidencia, y compromiso de trabajo interministerial.

- Proveer la designación de representantes de los adultos mayores en todas las jurisdicciones de la Provincia para aprehensión de inquietudes y necesidades del sector.

- Crear la base de datos única de adultos mayores en la Provincia de Jujuy.

- Realizar el seguimiento del estado general de los adultos mayores.

- Contener el estado de bienestar bio-psico-social de los adultos mayores.

- Reforzar la política alimentaria destinada adultos mayores vulnerables.

- Asistir a adultos mayores vulnerables en trámites y gestiones esenciales.

- Difusión y concientización de estrategias y protocolos, en la comunidad, y grupos familiares, para cuidado efectivo de adultos mayores.

- Crear una red de voluntarios comunitarios.

- Definir y comunicar ampliamente, las estrategias y protocolos, para concientización, que asegure la prevención de contagios intradomiciliarios de los adultos mayores, medidas de higiene, aislamiento, uso de barbijos, guantes, etc.

Ejes:

- Conformación de la Mesa de Trabajo COVID 19 Adultos Mayores.

- Asistencia integral socio-sanitaria del adulto mayor.

- Contención de las personas adultas mayores en situación de vulnerabilidad.

- Estrategia de comunicación para la prevención de COVID-19 adultos mayores.

Líneas de Acción:

1. Conformación de la Mesa de Trabajo COVID-19 Adultos Mayores

La MESA DE TRABAJO COVID-19 Adultos Mayores será autoridad de aplicación, encargada y responsable de la definición del Plan de Acción Integral de Adultos Mayores COVID-19, implementación, seguimiento y evaluación.

2. Creación del Sistema Integral de Asistencia y Contención Social y Sanitaria Creación del Sistema Integral de Asistencia, Contención Social y Sanitaria, que incluirá estrategias y protocolos, reforzando medidas y dispositivos específicos:

3. Atención domiciliaria y remota a adultos mayores

Con el fin de evitar la circulación de los adultos mayores en concordancia con las disposiciones emitidas por el COE, se activarán los siguientes dispositivos remotos y domiciliarios:

- Atención Telefónica de Asistencia Exclusiva a Adultos Mayores:

Implementación de una Línea 0800 específica para recepción de consultas de adultos mayores, atendida por personal con instrucción, respecto de estrategias y protocolos suministrados por personal especializado. Se asegurará, cuando corresponda, la derivación con profesionales disponibles, médicos, psicólogos, asistentes sociales, etc.

- Consultas Virtuales: Refuerzo del sistema de consultas virtuales, para atención remota, y derivación, si fuera necesaria, de problemática de adultos mayores.

- Campaña barrial y domiciliaria: Promoción de medidas de prevención y protección de contagio del COVID-19, para definir y comunicar ampliamente, estrategias y protocolos, que aseguren la prevención de contagios intradomiciliarios de los adultos mayores, medidas de higiene, aislamiento, uso de barbijos, guantes, etc.

- Difusión masiva: Amplia presencia y difusión de información calificada, estrategias, protocolos, seguimientos, y controles, por responsables de la MESA DE TRABAJO COVID-19 Adultos Mayores (televisión, radio, diarios, redes sociales, medios digitales, etc.).

- Promoción de actividad física y recreativa

Implementación y difusión de programas que estimulen la realización de actividad física y recreativa intradomiciliaria, con el objetivo de preservar la salud

Thomson Reuters

física y mental de los adultos mayores, minimizando los efectos del distanciamiento social.

4. Seguimiento, control y contención integral de adultos mayores

Seguimiento, control, asistencia integral y contención de aquellos adultos mayores que se encuentren registrados en la base de datos única creada a estos efectos.

5. Refuerzo de política asistencial, sanitaria y alimentaria de adultos mayores vulnerables

Garantizará la asistencia integral, con entrega de módulos alimentarios y elementos sanitaros básicos de protección, para adultos mayores que lo necesiten o en situación de vulnerabilidad.

6. Readecuación de infraestructura sanitaria

Relevamiento de edificios sanitarios para asegurar que sean funcionales en la emergencia COVID-19, para resguardo de adultos mayores, en caso de infección, o de ser necesarias relocalizaciones.

7. Sistema de Voluntarios

Conformación, control, coordinación, asignación de funciones, e instrucción, de una red comunitaria intersectorial de voluntarios para asistencia y contención de adultos mayores, a cargo de la Subsecretaria de Atención, Promoción y Prevención de la Secretaría de Salud.

Metodología de implementación:

Creación y diseño de plataforma web para registro de personas que quieran y puedan participar del Sistema de Voluntariado, con satisfacción de requisitos mínimos de admisión e instructivo para acceso. Se exigirá que no se trate de personas que pertenezcan a grupos de riesgo o con enfermedades preexistentes, lo que deberá acreditarse con certificación médica.

Selección de aspirantes y capacitación integral con relación a la situación epidemiológica general, normas de protección personal e higiene, y, en especial, particularidades de la población de adultos mayores, riesgos y vulnerabilidad.

Asignación de acciones en planes, estrategias, y protocolos de prevención, protección y profilaxis.

Trabajo conjunto y coordinado, con Ministerios, áreas gubernamentales, organizaciones sociales, Intendencias, Municipios, Comisiones Municipales, sectores activos de la sociedad, Centros Vecinales, Centros de Jubilados, Universidades, Iglesias, Cultos, ONG, Comunidades Indígenas, etc.

Concientización, difusión, protección familiar, e intradomiciliaria de adultos mayores.

Instrucción, asegurando protección personal, para eventuales casos de necesidad de asistencia de adultos mayores con sospecha de infección, o intervención en operativos de Emergencia.

Diseño de control del cumplimiento de asistencia y actividades por parte de los voluntarios del sistema Recepción de información como canal de comunicación diario y directo, sistematizando la información valiosa de adultos mayores, para conocimiento del grupo, y facilitar la toma de decisiones estratégicas.

Capacitación e integración de voluntarios para asistencia de adultos mayores, en redes de contención telefónica, relevamientos de su estado y situación, reducción de efectos del distanciamiento social.

Asistencia en redes de colaboración y asistencia de adultos mayores, compra, traslado o recepción de alimentos, medicamentos y trámites en general.

Campaña comunicacional

- Captación de voluntarios a través de plataformas web propias o del COE.

- Campaña general de promoción de medidas de prevención del contagio de COVID-19 en adultos mayores, con amplia exposición y comunicación de estrategias y protocolos, evitando contagios intradomiciliarios de adultos mayores, medidas de higiene, aislamiento, uso de barbijos, guantes, etc.

- Campaña barrial y domiciliaria, que difunda las estrategias de aislamiento intra hogar de adultos mayores, higiene, distancia y utilización de elementos de protección de los integrantes del grupo familiar conviviente, que aseguren la difusión de las ventajas de reducir al máximo las posibilidades de contagio intradomiciliarios de los adultos mayores, y su permanencia en ambientes resguardados.

Thomson Reuters

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar

info! TR

En todo momento y lugar

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Escanee el código QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
CUENTA Nº 10269F1
FRANQUEO A PAGAR

the answer company™
THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-222-5253

Thomson Reuters