

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Año XIII | Número 2 | Abril 2021

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

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

ISSN 1852-8708

 **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 / 0810-266-4444

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

Atención al cliente: 0810-266-4444
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 2da. quincena de marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

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 XIII | Número 2 | Abril 2021

 **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

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 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 Covi
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

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

ÍNDICE

FAMILIA

DOCTRINA

Alimentos entre unidos convivenciales en el Código Civil y Comercial <i>Julio Luis Gómez</i>	5
El deber de responder frente a los daños causados por los niños, niñas y adolescentes. Su tratamiento en el Código Civil y Comercial <i>Guillermina Venini</i>	12
Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes <i>Claudia Liliana Araujo - Natalia Pérez Blanco</i>	24
Aspectos prácticos del proceso de divorcio <i>E. Manuela Schulz - Graciela María Gómez Vara</i>	30
Se casó Cenicienta: divorcio sin compensación económica <i>Juan Javier Negri</i>	37

DERECHO COMPARADO

La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en el derecho de familia nicaragüense. La modificación jurisdiccional de la conciliación administrativa por alteración de las circunstancias <i>Juan Carlos Rocha Valle</i>	43
---	----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA Orden de inscribir la sentencia dictada por un Tribunal de la República de Argelia que otorga la <i>kafala</i> definitiva de una niña. Aplicación de las reglas de la tutela. Religión. Respeto a la autonomía progresiva de la niña.....	63
---	----

El reconocimiento en Argentina de la <i>kafala</i> islámica: la multiculturalidad y el derecho internacional privado <i>Luciana B. Scotti - Mariana Antón Pérez - Leandro Baltar</i>	68
---	----

SUCESIONES

DOCTRINA

Donaciones realizadas a descendientes y cónyuges <i>Néstor E. Solari</i>	87
La licitación sucesoria en el Código Civil y Comercial de la Nación <i>Agnès Sibileau</i>	91

PERSONA

DOCTRINA

La terapia experimental y la pandemia <i>José W. Tobías</i>	103
Responsabilidad de niñas, niños y adolescentes por lesión del principio genérico de no dañar y por incumplimientos obligacionales <i>Carolina Van Domselaar</i>	117
El derecho convencional procesal al abogado del niño <i>Yamila Grisel Pérez</i>	128

DERECHO COMPARADO

La testimonial en cámara Gesell: una lectura desde la práctica <i>Adrián Novkovic'</i>	135
La protección de la imagen de las personas fallecidas <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	143

VIOLENCIAS

DOCTRINA

Leyes para erradicar la violencia: ¿remedios efectivos o simples placebos? <i>Deolinda Sabina Almada</i>	165
---	-----

LEGISLACIÓN

NACIONAL

RESOLUCIÓN 48 (M. M. G. D.) Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Creación del Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG).....	173
RESOLUCIÓN SINTETIZADA 121 (E.N.C.) Ente Nacional de Comunicaciones – Aprobación del “Protocolo de actuación contra la violencia de género, diversidades y personas LGBTIQ+”.....	188
LEY 27.611 Ley Nacional de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia – Disposiciones – Modificación de las leyes 17.671, 24.714 y 26.413	193
DECRETO 14 Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención posaborto – Observación – Veto parcial de la ley 27.610.....	199
DECRETO 123 Programa Interministerial de Abordaje Integral de las Violencias Extremas por Motivos de Género – Creación del Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios – Norma complementaria de la res. conj. 3 (M.S., M.J. y D.H. y M.M.G. y D.)	200
RESOLUCIÓN 5 (M. M. G. D.) Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Creación del Sello Editorial “MinGeneros”	206
RESOLUCIÓN CONJUNTA 1 (M. M. G. D.) y 1 (D.S.G.E.P.) Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Requerimiento de información adicional a la Secretaría de Gestión y Empleo Público para el cumplimiento de lo previsto en los arts. 1º y 6º del dec. 721	208
RESOLUCIÓN 62 (S.N.N.A. y F.) Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia – Creación del Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes	210
RESOLUCIÓN 60 (M. M. G. D.) Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG) – Aprobación del modelo de “Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información”.....	218

BUENOS AIRES

DECRETO 5 Crear el Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios (PAIF) - Modificación del dec. 178.....	227
--	-----

CHACO

LEY 3314-G Violencia contra la mujer - Programa Provincial “Noviembre morado”	237
---	-----

CÓRDOBA

DECRETO 64

Licencia por violencia familiar, de género o contra la mujer - Reglamentación - Modificación del dec. 186..... 239

MENDOZA

LEY 9298

Ley de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados – Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis – Registro nacional voluntario – Consejo Consultivo Honorario – Creación - Adhesión a la ley nacional 27.350 241

SAN LUIS

LEY I-1046

Ley de Paridad de Géneros en la Industria Audiovisual y de Tecnologías Digitales de la Provincia de San Luis 243

LEY VIII-1038

Ley de Paridad de Géneros en Ámbitos de Representación Política - Modificación de las leyes XI-0345-2004 y XI-0346-2004 244

LEY I-1027

Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales – Adhesión a la ley nacional 27.533..... 246

SANTA CRUZ

LEY 3726

Creación de la Mesa Provincial de Migrantes, Colectividades y Descendientes 249

LEY 3724

Ley Integral de Reconocimiento y Reparación Histórica de Derechos de las Personas Trans 250

FAMILIA

DOCTRINA

Alimentos entre unidos convivenciales en el Código Civil y Comercial

Julio Luis Gómez

Sumario: I. El artículo 519 del Código Civil y Comercial y un interrogante.— II. La cuestión en la doctrina.— III. Nuestra opinión.— IV. Reciprocidad e indisponibilidad del deber.— V. El contenido del deber alimentario y la cuestión de los gastos de última enfermedad y de los gastos funerarios.— VI. Ámbito temporal del deber. Continuidad posconvivencial por acuerdo y en caso de extrema vulnerabilidad.— VII. Precisiones conclusivas.

I. El artículo 519 del Código Civil y Comercial y un interrogante

Dispone el art. 519, integrante del Título III —Uniones Convivenciales— del Libro Segundo —Relaciones de Familia— del Código Civil y Comercial, que “[l]os convivientes se deben asistencia durante la convivencia”.

Interesa, pues, determinar el contenido de tal deber, en el sentido de si este comprende, o no, el alimentario, el cual, como se advierte, no ha sido nominal, específica y explícitamente dicho (1).

II. La cuestión en la doctrina

Sobre la base de que el Código Civil y Comercial se ha limitado, para la unión convivencial, a referir tan solo a la asistencia y no también a los alimentos, como sí lo ha hecho para el matrimonio, es que Azpiri afirma que los miembros de unión no se los deben (2).

Sostiene, por lo demás, que la norma del art. 719 del Cód. Civ. y Com. por la cual se determi-

na la competencia territorial en las acciones por alimentos entre convivientes mal puede, en su carácter de adjetiva, otorgar un derecho que no lo ha sido en las disposiciones específicas (3), interpretando que aquella operará para una hipotética demanda por alimentos fundada en acuerdo celebrado con tal objeto por los convivientes, no así en la que invocara, sin más, un deber alimentario al que reputa inexistente (4).

Así también lo ha entendido Belluscio concluyendo en que “la asistencia a que hace referencia este art. 519, describe solo a la asistencia espiritual o moral, mas no a la material (en la que estarían incluidos los alimentos)” ya que “[d]e quererse incluir los alimentos durante la convivencia de este tipo de uniones, suponemos que se hubiera obrado como en la convivencia de la unión matrimonial: el art. 431 determina la asistencia no pecuniaria, pero el art. 432 preceptúa —con total claridad— el deber alimentario” y en que “[p]or ello resulta incongruente ... que el art. 719 del CCCN determine ... la competencia por alimentos entre convivientes” (5).

(3) AZPIRI, Jorge O., “Uniones Convivenciales”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, Capítulo IX, punto 23, a).

(4) AZPIRI, Jorge O., “Uniones Convivenciales”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, Capítulo VI, a), 5.

(5) BELLUSCIO, Claudio A., “Uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial”, García Alonso, Buenos Aires, 2015, Capítulo III, 1. B. III.

(1) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, “Uniones Convivenciales”, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, Capítulo 6, punto 3.

(2) AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, Capítulo VII, punto 52, b).

Por su parte, Luján considera que “[e]s necesario esgrimir que el Código hace una importante diferenciación entre el deber de asistencia y alimentos al referirse al matrimonio. Por el contrario, en las uniones convivenciales no efectúa tal distingo por lo que es clara la intención del legislador de no regular alimentos entre convivientes” (6).

Contrariamente, Pitrau asevera que “existe una obligación alimentaria entre convivientes” fundando su argumentación en que “la contribución a los gastos del hogar”, a la que los unidos convivenciales están indispensablemente debidos por imperio del art. 520 del Cód. Civ. y Com., reconoce contenido alimentario.

También lo hace al observar que la protección de la vivienda familiar de los unidos convivenciales y la atribución de su uso, dispuestas por los arts. 522 y 526 del Cód. Civ. y Com., integran el concepto alimentario.

Finalmente señala que si la unión convivencial es fuente de la obligación alimentaria del progenitor afín con “mucha mayor razón puede ser fuente de un derecho alimentario entre los propios convivientes” ya que “[s]ería absurdo que no existiera alimento entre convivientes, mientras sí existiría una obligación alimentaria respecto de los hijos del otro conviviente, ya que este deber alimentario del progenitor afín es una derivación del deber alimentario convivencial, y en mérito a la formación de una *familia no matrimonial*” (7).

Por su parte, Herrera afirma que el empleo por el codificador de la voz “asistencia” lo ha sido con significado omnicompreensivo, es decir moral —“apoyo mutuo asentado en el proyecto de vida en común” y material —“alimentos”—. Asimismo asevera que, dado que en la unión convivencial estos son debidos, exclusivamen-

te, durante su duración, corolario del proyecto de vida en común, mientras que en el matrimonio lo serán tanto en el período de la convivencia como en el de la separación de hecho, es que ha sido necesaria, para este, una disposición especial, no así en la ya indicada unión convivencial (8).

Tratando la cuestión, Pellegrini entiende como componente del que denomina piso mínimo obligatorio de las uniones convivenciales a la vigencia del deber alimentario durante la convivencia, calificándolo de básico y esencial en tanto surgido de ese proyecto de vida en común configurante de estas (9), proyecto de vida en común que torna operativo el principio de la solidaridad familiar (10).

En oportunidad de referirse al tema, Solari afirma que, conforme la “lógica de las normas establecidas”, y teniendo en cuenta que la asistencia se integra tanto por un componente personal como uno patrimonial, es que los unidos convivenciales se deben alimentos (11).

En su estudio sobre el punto, Lloveras interpreta que el deber de asistencia, genéricamente referido por la norma, es omnicompreensivo de las que denomina “faz espiritual y faz material”, siendo, por lo demás, contradictorio con la razón de ser de la unión convivencial el entender como excluida de su ámbito de operatividad esta última o, lo que es lo mismo, los alimentos (12).

(8) HERRERA, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo Luis -director-, “Código Civil y Comercial de la Nación — Comentado — Tomo IV — Arts. 594 a 723”, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, su comentario al artículo 519.

(9) PELLEGRINI, María Victoria, “Uniones Convivenciales: El Reconocimiento Jurídico de Diversas Formas Familiares” en Cechile, Ana María (directora), “Derecho de Familia — Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, Capítulo XVI, puntos IV.5 y V.

(10) PELLEGRINI, María Victoria, “Las Uniones Convivenciales”, Erreiús, Buenos Aires, 2017, Capítulo V, 5.2.1.

(11) SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, La Ley, Buenos Aires, 2015, Capítulo 5, 4.4.1.

(12) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, “Uniones Convivenciales”, Rubinzal - Culzoni

(6) LUJÁN, Daniel, “Uniones convivenciales: aspectos patrimoniales y comparación con el matrimonio”, en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, La Ley, diciembre 2015.

(7) PITRAU, Osvaldo, en “Derecho Alimentario y Compensatorio en la Unión Convivencial”, en “Uniones convivenciales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario - 2014 - 3 -, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2014, punto III.

A su turno, Basset sostiene que la asistencia, causada por la solidaridad que la unión convivencial genera, reconoce la que caracteriza como una “doble dimensión”, a saber: la moral y el material, esta última, la de los alimentos (13).

Comentando el art. 519 del Cód. Civ. y Com., Lamber afirma que el deber de alimentos entre convivientes procede del de asistencia y colaboración en los gastos del hogar. Por lo demás, observa que si la obligación alimentaria ex conyugal se extingue para el caso en que el alimentado viva en unión convivencial es debido a que los unidos convivenciales se deben alimentos entre sí (14).

Interviniendo en el análisis del art. 519 del Cód. Civ. y Com., Sojo entiende que el deber alimentario se inscribe dentro del de asistencia y que es armónico con el de los unidos convivenciales de contribuir a los gastos del hogar, normado en el 520 de tal cuerpo legal, así como con el de la responsabilidad solidaria de estos en las hipótesis dispuestas por el art. 521 de aquel.

Asimismo, señala, en sustento de su tesis, el art. 83 del mismo Cód. Civ. y Com., que reconoce a favor del unido convivencial presente su derecho a los frutos de los bienes administrados por el curador de su unido convivencial ausente (15).

Otero interpreta que, si bien el Cód. Civ. y Com. no ha reconocido expresamente el “derecho a alimentos entre los convivientes”, ha de atenderse al texto de sus arts. 719, 2629 y 2630, referidos todos ellos, en materia de jurisdicción y derecho aplicable, a “alimentos entre convivientes”, a estar de los cuales bien puede, enton-

Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, Capítulo 6, punto 3.

(13) BASSET, Úrsula C., en Alterini, Jorge H., Director General, “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético”, Tomo III, coordinado por Basset, Úrsula C., La Ley, Buenos Aires, 2015, su comentario al artículo 519.

(14) LAMBER, Néstor D., en Clusellas, Eduardo Gabriel — Coordinador —, “Código Civil y Comercial — Comentado, Anotado y Concordado”, Astrea, Fen Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, su comentario al artículo 519.

(15) SOJO, Agustín, en Petrelli, María Elisa (Coord.), “Manual de Derecho de Familia”, El Derecho, Buenos Aires, 2017, Capítulo X, A.3.a.1.

ces, concluirse en que tal derecho concurre en dicho Código, aun cuando hubiera sido conveniente que este lo previera explícitamente (16).

En el examen del asunto Landolfi, Pons y Marelli sostienen que, dado su “proyecto de vida en común”, los unidos convivenciales deben asistirse recíprocamente tanto moral como materialmente (17).

Flores Levalle y Siderio concluyen en que si bien el art. 519 del Cód. Civ. y Com. no aclara ni distingue entre asistencia moral o espiritual de la asistencia material o alimentaria, el deber alimentario es un subconjunto de un conjunto más grande que es la asistencia y que, conforme los fundamentos del Proyecto de reforma, “la aplicación de las nociones de derecho matrimonial se aplica a estas uniones” (18).

III. Nuestra opinión

Por nuestra parte interpretamos que los unidos convivenciales se deben alimentos entre sí.

Es que, si para la configuración de la unión convivencial se exige, conforme el art. 509 del Cód. Civ. y Com., la concurrencia de “un proyecto de vida en común” lo que se traduce, en el decir de Bedrossian, en “un convivir que trasciende el compartir un mismo lugar y que se proyecta hacia la formación de un hogar común” (19), no se advierte cómo el referido deber de asistencia no va a entenderse integrado con el alimentario el cual constituye, tal la ob-

(16) OTERO, Mariano C., “Juicio de alimentos”, Hamurabi, Buenos Aires, 2017, Capítulo V, 22, c).

(17) LANDOLFI, Lorena - PONS, Maite - MARELLI, Sandra, en Callegari, Mariana G., Siderio, Alejandro J., directores, “Alimentos”, La Ley, Buenos Aires, 2017, Capítulo VI, II.2.

(18) FLORES LEVALLE, Ramiro G. - SIDERIO, Alejandro J. - CÓRDOBA, Marcos M., director, Córdoba, Florencia I., Coordinadora, “Tratado de la Familia”, La Ley, Buenos Aires, 2020, Unidad XV, 6.

(19) BEDROSSIAN, Gabriel, “Las relaciones patrimoniales tras la ruptura de la unión convivencial”, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, RDF”, 70 - 151, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2015, su cita es por Pellegrini, María Victoria, “Las Uniones Convivenciales”, Erreius, Buenos Aires, 2017, Capítulo II, Nota a pie de página número 8.

servación de Méndez Costa, la “expresión mínima” de la asistencia material (20).

Asimismo, siendo que el régimen de las uniones convivenciales demanda referir al principio de la solidaridad familiar, ha de recordarse, con Vigo, que “puede faltar la norma en donde subsumir el caso” (en la hipótesis la ya aludida nominal, específica y explícita mención del deber alimentario) “y para esos supuestos están los principios de donde se puede derivar la respuesta que se necesita” (21).

Por lo demás ha de advertirse que al celebrarse el matrimonio el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, autoridad competente para dicho acto, lee a los futuros contrayentes el art. 431 del Cód. Civ. y Com. a estar del cual “se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

Al hacerlo, lo hace con ese complejo de derechos y deberes que constituye la esencia del estado de cónyuges (22) en el que aquellos se emplazarán si es que, tras la mencionada lectura, y requerido que les sea por el citado oficial su consentimiento para ello, lo prestan, determinando, como inexorable corolario, que aquel

(20) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en Méndez Costa, María Josefa, D' Antonio, Daniel Hugo, “Derecho de Familia”, Tomo II - Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1990, Capítulo VII, II. C., , punto 29.

(21) VIGO, Rodolfo, “Visión de Rodolfo, L. Vigo” en Aguiló Regla, Josep, Vigo, Rodolfo, “Fuentes del derecho, Dos visiones”, Astrea, Buenos Aires, 2018, punto 5.a).

(22) BASSET, Úrsula, “El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación” en “Derecho de Familia y de las Personas”, Noviembre de 2014; CECHILE, Ana María en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, “Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014 - Tomo I - Arts. 401 a 508”, Rubinzal - Culzoni Editores - Buenos Aires, Santa Fe, 2014, su comentario al artículo 418; LAMBER, en CLUSELLAS, Néstor D., en CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, Coordinador, “Código Civil y Comercial - Comentario, Anotado y Concordado”, Astrea, Fen Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, su comentario al artículo 418, punto 2.

pronuncie que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

Ahora bien, si el mismo Cód. Civ. y Com. dispone, en su art. 432, el deber alimentario de los cónyuges entre sí no parece sistémicamente razonable la omisión a su mención en la ya aludida celebración del acto matrimonial, debiendo concluirse, entonces, que se lo hace como integrante del de “asistencia” dando, pues, a la expresión su más tradicional significado en la materia (23).

Y como entre el matrimonio y la unión convivencial existe analogía dada “la razón común” de “conyugalidad que está implícita en las dos instituciones” (24), es el del caso colegir entonces que la voz “asistencia” es empleada en idéntico modo en ambas.

IV. Reciprocidad e indisponibilidad del deber

Interpretando literalmente el art. 519 del Cód. Civ. y Com., como el art. 2° nos lo exige, se concluye, inequívocamente, en la reciprocidad del deber alimentario de los unidos convivenciales al advertirse el empleo por aquel de la expresión “se deben”.

Asimismo, el aludido deber alimentario entre los unidos convivenciales es de orden público o, lo que es igual, imperativo para ellos, mal pudiendo dispensarse convencionalmente de este, acuerdo que conllevaría, inexorablemente, su nulidad.

Así surge de la manda del art. 513 del Cód. Civ. y Com. al disponer que los pactos de convivencia celebrables entre aquellos no pueden dejar sin efecto la del ya señalado art. 519.

(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 - Tomo I - Arts. 401 a 508”, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires -Santa Fe, 2014, su comentario al artículo 431, punto 3.

(24) BASSET, Úrsula C., en Alterini, Jorge H., Director General, “Código Civil y Comercial Comentario, Tratado Exegético”, Tomo III, coordinado por Basset, Úrsula C., La Ley, Buenos Aires, 2015, su comentario al artículo 509.

V. El contenido del deber alimentario y la cuestión de los gastos de última enfermedad y de los gastos funerarios

En cuanto al contenido del deber alimentario, dado el silencio de la norma específica, y en la que la doctrina ha caracterizado como “una interpretación integradora del sistema alimentario vigente” (25), ha de estarse a la disposición del art. 541 del Cód. Civ. y Com. conforme la cual “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario 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”.

Ahora bien, siendo que los referidos gastos de última enfermedad de uno de los unidos convivenciales integran la mencionada “asistencia médica”, estos componen, consecuentemente, el deber alimentario del otro para con aquel, no pudiendo requerir, dado su carácter de obligado principal, contribución para su pago o repetirlo de los parientes del unido convivencial enfermo, obligados también a prestarle alimentos, a estar del art. 537 del Cód. Civ. y Com., a salvo la hipótesis de que los aludidos gastos, indispensables dada su finalidad, excedieran su capacidad económica (26).

En cuanto a los gastos funerarios, de haberlos satisfecho el unido convivencial supérstite, ha de advertirse que, como se ha dicho, “[l]os convivientes no titularizan vocación sucesoria, salvo testamentaria”, motivo por el cual el referido pago lo ha sido en “interés total o parcialmente ajeno”, siéndole, pues, reembolsable, “en cuanto haya resultado de utilidad”, por los herederos del fallecido, conforme disposición de los arts. 1791, 1792 y 1793, inciso b del Cód. Civ. y

Com. (27) debiendo observarse, por lo demás, que, a estar del ya citado art. 1792 los aludidos gastos deberán tener, para ser susceptibles del reembolso mencionado, “relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar”.

Y si tales gastos fueron obladados por un tercero, este podrá repetir los de última enfermedad, en principio del unido convivencial sobreviviente y subsidiariamente de los mencionados parientes del fallecido debidos a alimentos, y los funerarios de los herederos de este conforme las disposiciones y en la extensión de los arts. 1791, 1792 y 1793.

VI. Ámbito temporal del deber. Continuidad posconvivencial por acuerdo y en caso de extrema vulnerabilidad

El referido deber alimentario de los unidos convivenciales opera coetáneamente a la vigencia de la aludida unión convivencial. Así se concluye tanto del empleo por el citado art. 519 del Cód. Civ. y Com. de la voz “durante” como de la colocación de la disposición analizada en el Capítulo 3 del Título III —Uniones Convivenciales— del Libro Segundo —Relaciones de Familia— del Cód. Civ. y Com. denominado, precisamente, “Efectos de las Uniones Convivenciales durante la Convivencia” (28).

Sin perjuicio de la extensión temporal del deber alimentario de los unidos convivenciales, ya anteriormente señalada, imperada por el ordenamiento jurídico en la materia, bien pueden aquellos convenir su durabilidad por un período posterior al cese de su mencionada unión convivencial. Ejercerán así la facultad de pactar entre sí, reconocida a ellos por el art. 524 del Cód. Civ. y Com., respecto del cual ha de advertirse que si bien no la menciona entre las materias de eventual acuerdo su enunciación de ellas

(25) LAMM, Eleonora - MOLINA DE JUAN, Mariel F., con la colaboración de Woscoff, Sabrina, “Alimentos en las nuevas formas familiares”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - MOLINA DE JUAN, Mariel F., directoras, “Alimentos”, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2014, Capítulo VIII, II, 4. A.c).

(26) PELLEGRINI, María Victoria, “Las Uniones Convivenciales”, Erreius, Buenos Aires, 2017, Capítulo V, punto 5.2.1

(27) PELLEGRINI, María Victoria, “Las Uniones Convivenciales”, Erreius, Buenos Aires, 2017, Capítulo V, punto 5.2.1

(28) ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “La argumentación en la justicia constitucional”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Biblioteca Jurídica Diké, Colección Profesores, Bogotá, 2008, en especial su Capítulo 3

es ejemplificativa, como surge de la presencia en su texto de la expresión “entre otras” (29).

Por lo demás, Bay ha sostenido, en posición que acompañamos bien que para hipótesis de extrema vulnerabilidad, que “aún operada la finalización de la convivencia, habiendo cesado de pleno derecho el deber alimentario y en ausencia de pactos que pudieran establecer una vigencia posconvivencial de este, si uno de los miembros atraviesa una situación de necesidad, puede solicitar una prestación asistencial transitoria, con carácter provisional y subsidiario” prestación fundable en “el principio de la solidaridad familiar” y “en la interpretación analógica —de anclaje jurisprudencial y doctrinario— del art. 676 *in fine* CCyCN” (30). Ha de recordarse entonces que, conforme la mencionada norma, el hijo aún bien puede, cesado su derecho alimentario por la disolución del matrimonio o ruptura de la convivencia de su progenitor o progenitora con su progenitor o progenitora aún, demandar de este o esta “una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia” (31).

VII. Precisiones conclusivas

Válidos del contenido de ese “proyecto de vida en común” al que los unidos convivenciales están debidos, así como desde el principio de la solidaridad familiar, informante de todo el régimen jurídico de las uniones convivenciales, y

(29) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo Guillermo, “Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, Capítulo XVII, punto 6.c.

(30) BAY, Nahuel, Su ponencia en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral los días 26 y 27 de setiembre de 2019, aprobada, y publicada como “Unión convivencial y solidaridad alimentaria tras la ruptura” en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, La Ley, febrero de 2020.

(31) BAY, Nahuel, Su ponencia en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral los días 26 y 27 de setiembre de 2019, aprobada, y publicada como “Unión convivencial y solidaridad alimentaria tras la ruptura” en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, La Ley, febrero de 2020.

pauta, por ende, de interpretación de sus disposiciones, hemos concluido en que el recíproco e indisponible deber de asistencia de aquellos comprende el alimentario.

Por lo demás, así también lo afirmamos al advertir que, dada la analogía existente entre el matrimonio y la unión convivencial, el significado de la voz “asistencia” empleada en el régimen del primero bien podía ser trasladado al del segundo.

Corolario de la conclusión dicha ha sido la de entender que los gastos de última enfermedad que uno de los unidos convivenciales satisfaga en favor del otro integra tal deber, motivo por el cual mal puede reclamar contribución o repetir su pago de los parientes de este, también debidos a alimentarlo, a salvo la hipótesis de que los aludidos gastos, indispensables dada su finalidad, excedieran su capacidad económica.

La mencionada inferencia no ha sido idéntica en la hipótesis de los denominados gastos funerarios los cuales, si oblatos por el unido convivencial sobreviviente, bien pueden ser repetidos de los herederos en la medida que aquellos hayan guardado “relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar” observándose aquí que, a diferencia del cónyuge supérstite, dicho unido convivencial no es heredero, diferencia que no es inconstitucional, tal los Fundamentos del Anteproyecto lo señalan al advertir que “en respeto por el art. 16 de la CN, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”.

Por último, no desconocemos que, de ordinario, y como se ha dicho, vigente la unión convivencial, los alimentos se prestarán espontáneamente (32) y que un eventual reclamo de estos durante tal vigencia determinará, habitualmente, su ruptura, con la consecuente extinción, en principio y a salvo pacto en contrario, del deber de estos.

Conscientes, entonces, de las situaciones de extrema vulnerabilidad en que pueden encon-

(32) LAMBER, Néstor D., en Clusellas, Eduardo Gabriel, Coordinador, “Código Civil y Comercial - Comentado, Anotado y Concordado”, Astrea, Fen Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, su comentario al artículo 519.

trarse algunos de los unidos convivenciales en la aludida posruptura, es que hemos acompañado la propuesta doctrinal conforme la cual habiendo cesado de pleno derecho el deber alimentario y en ausencia de pactos que pudieran

establecer una vigencia posconvivencial de este, si uno de los miembros atraviesa una situación de necesidad, puede solicitar una prestación asistencial transitoria, con carácter provisional y subsidiario.

El deber de responder frente a los daños causados por los niños, niñas y adolescentes

Su tratamiento en el Código Civil y Comercial

Guillermina Venini (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El deber de no dañar y el vínculo familiar.— III. El carácter indirecto de la responsabilidad de los padres.— IV. Las eximentes de responsabilidad.— V. Delegación de la responsabilidad parental y deber de responder.— VI. Falta de convivencia por causa que le es atribuible a los progenitores y ejercicio de actividades lucrativas e incumplimiento contractual por el menor.— VII. Cierre.

I. Introducción

La Convención de los Derechos del Niño, que fue incorporada a nuestra Constitución Nacional, en el art. 75 inc. 22, establece en su Preámbulo que la familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, debe recibir la protección y asistencia necesaria para asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad y que el niño, para el armonioso y pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, que lo prepare para una vida independiente en sociedad, educado bajo los valores de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

En su art. 5° establece: “Los Estados Parte 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”.

Esta visión de la responsabilidad parental, corolario de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes, significó un gran impacto en el paradigma vigente del Código Civil Velezano que obligó a una relectura de la normativa interna, ya que nos encontrábamos con un derecho de familia constitucionalizado y universalizado, que ponía y pone el acento en la persona como integrante de relaciones familiares, en la vida íntima familiar y en el desarrollo autónomo de sus miembros, dentro de un marco de libertad e igualdad.

La responsabilidad parental se caracteriza por tener que cumplir una función de acompañamiento, de contención y de orientación en beneficio de los hijos menores de edad, colaborando en su formación y desarrollo integral, siendo sujetos de derecho distintos de los padres, debiendo participar de manera activa con los adultos de una manera democrática que no se funde en la sanción. “La democratización de la familia o su gobernabilidad significa que la participación activa y consensuada de todos los integrantes que la componen a fin de que la opinión de cada uno de ellos sea tenida en cuenta por los restantes miembros, en un plano de

(*) Abogada, UBA. Jueza titular del Juzgado de Familia n.° 1 del Departamento Judicial de Junín. Adjunta de la Cátedra de Derecho Privado I, Universidad Nacional de Noroeste de Bs. As. (UNNOBA).

igualdad y respeto. Entre los padres o madres e hijos debe estar presente el reconocimiento de los progenitores como responsables de guiar al hijo o hija a fin de que, conforme su madurez y desarrollo, ejerza los derechos personalísimos del que es titular” (1).

En el ejercicio de esta función nos preguntamos cómo deben responder los padres por los daños causados por sus hijos a terceros, cuáles son las eximentes de responsabilidad, como ha impactado la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes en el régimen de la responsabilidad civil derivado de la responsabilidad parental; también, si los diferentes tipos de familia han mutado la responsabilidad por daños hacia esos nuevos responsables (progenitor afín, guardador, referente familiar, delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, apoyos entre otros); como incide la educación y permanencia del niño en una institución educativa en la responsabilidad civil por daños respecto relación a sus progenitores. ¿Es necesario efectuar una mirada distinta para cada caso concreto? Interrogantes estos que buscaremos profundizar y estudiar a la luz de los principios generales de la responsabilidad parental (art. 639 del Cód. Civ. y Com.).

II. El deber de no dañar y el vínculo familiar

II.1. Normativa aplicable

El derecho de daños, con su mirada puesta en la víctima, la prevención del daño y el resarcimiento integral ha ido evolucionando, especialmente en el seno de las familias, no siendo el vínculo familiar causa de justificación de daños jurídicamente resarcibles. Sin embargo, llegar a esta afirmación implicó un largo recorrido doctrinal y jurisprudencial sobre el cual no me explayaré pero que he tratado en un trabajo anterior el cual dejo al lector si es de su interés (2).

(1) LEIVA, Claudio F., “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, La ley, 2/02/2017, LA LEY, 2017-A, 908.

(2) VENINI, Guillermina, “El resarcimiento de daños y las relaciones de familia. Especial referencia a los daños causados por la manipulación genética y el uso de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida.” SJA 07/01/2009. JA 2009-I, 882. Cita Online: 0003/014204.

El Código Civil y Comercial ha venido a recibir los cambios culturales y sociales que se reflejan en los modelos familiares actuales, donde existe una mayor autonomía y autodeterminación en el actuar de los hijos en aras de lograr su desarrollo personal, como contrapartida de ello una vigilancia menor por parte de los padres, y un aumento de daños ocasionados por el contacto temprano de los niños con medios tecnológicos y tecnificación en general.

En los fundamentos del Código Civil y Comercial se sostiene: “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los arts. 1658 y cc. del Proyecto de 1998. En el art. 1587 del proyecto 1993 (PEN), se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el Proyecto de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aun habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito”.

De manera que el conjunto de deberes que forman parte de la responsabilidad parental conlleva también la responsabilidad por los daños que ocasionen los hijos. Esta responsabilidad civil se encuentra regulada en los arts. 1754 y 1755 del Cód. Civ. y Com., en la Sección n.º 6 bajo el título “Responsabilidad por el hecho de terceros”, contemplándose en forma conjunta la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753), y la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores y de los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas (art. 1756).

Establece el art. 1754: “Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos”. Por su parte el art. 1755, refiriéndose a

la cesación de la responsabilidad de los padres dispone: “La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el art. 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros.

“Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos”.

Vemos entonces consagrado el factor de atribución objetivo, dejándose de lado los viejos esquemas de la responsabilidad por culpa, consecuencia ello también de la mayor autonomía de los niños, niñas y adolescente que lleva a que el control de los padres ya no sea de la estrictez que se exigía en la época de Vélez, sino que es cada vez más flexible, a medida que su autonomía e independencia aumenta. La norma del art. 1754 tiene su fundamento en el cambio ocurrido en la diagramación del régimen de ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal de los hijos. Hay un tránsito hacia lo compartido, padre y madre tienen obligaciones y responsabilidades comunes, y ello hizo foco en la responsabilidad civil de los padres por el hecho de sus hijos.

Los principios que rigen la responsabilidad parental impactan en el derecho de daños, obligando a los operadores jurídicos a efectuar una mirada diferente en cada caso concreto, analizando, entre otras variables, el sujeto dañador, las circunstancias en que se produjo el hecho lesivo, de qué manera se involucraron los intereses de los niños, niñas y adolescentes, como actuaron los padres para evitar o prevenir los daños, y que resarcimiento corresponde según el damnificado (3).

(3) LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-E, 1078.

III. El carácter indirecto de la responsabilidad de los padres

III.1. El factor de atribución y la responsabilidad concurrente de los hijos

Resulta claro que la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos es siempre indirecta, ya que es una conducta ajena a ellos, debiendo responder por los daños que provoca otra persona y no por el hecho propio. Es decir que los padres son considerados autores mediatos del daño causado por su hijo menor.

“La responsabilidad del art. 1754 es un supuesto de responsabilidad por el hecho de otro, regulada bajo la designación de ¿responsabilidad por el hecho de terceros¿. López Herrera sostiene que quizás hubiese sido mejor hablar de responsabilidad por el hecho ajeno o responsabilidad por el hecho de otro, para separarla de la responsabilidad por el hecho propio. Para este autor, suena un poco forzado hablar de terceros en el caso de los hijos o pupilos, sobre todo porque en el caso del principal por el dependiente, siempre habrá un límite a los daños a pagar, que deberán estar relacionados con la función y la dependencia. No es lo mismo en el caso de los padres que deben hacerse cargo de todos los daños que causen sus hijos menores de edad, salvo ruptura del nexo causal. El hecho generador de la responsabilidad no ha sido realizado directamente por las personas —padres— obligadas desde la ley a resarcirlo. Así, la responsabilidad resulta de una relación mediata con la víctima” (4).

El carácter objetivo de la responsabilidad es receptado claramente por la norma del art. 1755, o sea, que se imputa con irrelevancia de la culpa en que pueden haber incurrido (art. 1722) (5). El responsable se libera demostrando la culpa ajena, excepto disposición legal en con-

(4) LEIVA, Claudio F., “Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores” LA LEY, 2017-A, 908. RCyS 2017-III, 49.

(5) Artículo 1722 del Cód. Civ. y Com.: “Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

trario. “No importa cuánta diligencia se ponga, lo mismo se responde” (6).

Plovánich entiende que, al introducir un factor de atribución objetivo, la responsabilidad de los padres continúa siendo solidaria cualesquiera sean las vicisitudes del vínculo entre los progenitores, son responsables mientras conserven la responsabilidad parental. Si bien en caso de divorcio, separación personal o nulidad de matrimonio, la relación entre padres e hijos se torna diferente ya que, tal vez, no se comparten los actos simples de la vida cotidiana, sí continúa la posibilidad de participar e intervenir, en los actos más trascendentes y cooperar en todo lo que tenga repercusión en la formación del hijo. El deber de cuidado personal de los hijos prosigue en cualquiera de las modalidades que se asuma, alternada o indistinta (arts. 648 y 649). En caso de cuidado unipersonal es obligación del progenitor que lo realiza informar al otro sobre cuestiones de educación, salud, etc., y los padres pueden presentar un plan de parentalidad que contemple los aspectos vinculados al cuidado del hijo (arts. 655 y 656). Ni aún bajo un fundamento subjetivo, resultaba justificado eximir de responsabilidad al padre no conviviente en caso de divorcio o de separación de cuerpos, frente a la víctima debe mantenerse la responsabilidad solidaria de ambos progenitores. Dicho, en otros términos, el fundamento de la responsabilidad es declaradamente objetivo por el nuevo régimen, y por ende, en principio, se funda en la titularidad de la responsabilidad parental, con independencia del ejercicio de esta por parte de uno de los padres (7):

Sin embargo, frente a este factor de atribución, se critica el hecho de que se exija la convivencia con los padres. Así, sostiene Sambrizzi, “llama sin embargo la atención el hecho de haber la norma explicitado que la responsabilidad en cuestión es objetiva, lo que afirmamos si se advierte que uno de los requisitos de esa responsabilidad es la habitación con los progenitores, lo que significa que, si no lo hacen, en

(6) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Responsabilidad Civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, RCyS 2012-IX, 5.

(7) PLOVANICH, María Cristina, “Responsabilidad de los padres en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2015 (junio).

principio y salvo los supuestos de excepción, dejan de ser responsables. Es que si la responsabilidad es objetiva, no podemos sino preguntarnos la razón por la que uno de los requisitos de la misma consiste en que los hijos habiten con sus padres, lo que lleva a entender que de lo que se trata con esa exigencia, es de la posibilidad por parte de los padres de poder tener una vigilancia activa sobre los mismos, que los haría responsables en el supuesto de fallar la vigilancia, al no haber podido no obstante ello, evitar el daño”. Similar es la crítica efectuada por Azpiri, quien afirma al respecto “parece contradictorio que se disponga enfáticamente que se trata de una responsabilidad objetiva y al mismo tiempo se exija como requisito que habiten con los progenitores, ya que aquel esquema hace innecesaria que se contemple esta situación para atribuir la responsabilidad” (8).

Así, la convivencia —en el sentido estricto y material de la palabra— ha dejado de ser una característica necesaria en la constitución de las relaciones familiares y por ello no debe utilizarse esta exigencia desacertadamente incluida en el texto legal para excluir legitimados pasivos frente a la víctima de daños causados por niños y adolescentes. Así, contrariamente a lo que sostienen distinguidísimos juristas como los citados Jorge Alterini y López Herrera, creemos que no corresponde en el actual sistema —cuyo factor de atribución es objetivo— formular interpretaciones rígidas y compatibles con el régimen anterior, dado que, además no se condicen con los parámetros convencionales y constitucionales que actualmente impone la tutela de los damnificados. Desde el derecho de Daños ha de bregarse para que no sea el requisito de convivencia la vía de escape de los padres respecto de su deber de responder por los daños causados por sus hijos menores, pues de este modo la reforma operada en el factor de atribución a favor de las víctimas se transformaría en letra muerta, y ningún avance se habría operado en la materia. En este orden de ideas, creemos necesario remarcar también que al momento de juzgar la legitimación de los padres por los daños ocasionados por sus hijos, los jueces hagan mérito, en el contexto del sistema legislado, de la dificultad existente para los terceros ajenos al

(8) SAMBRIZZI, Eduardo, “Responsabilidad Parental”. Editorial La Ley, 2017, ps. 401-402.

ámbito familiar —futuros demandantes— en orden a determinar en los hechos la organización concreta de la familia en cada caso, la existencia de acuerdos privados instrumentados o no, como así también homologados en expedientes reservados, como son los del fuero de Familia (art. 708 Cód. Civ. y Com.), a fin de eximir de costas al actor en caso de que se pruebe que alguno de los padres demandados no se encuentre legitimado pasivamente para responder **(9)**.

Al igual que la norma del art. 1114 del Cód. Civil, la responsabilidad de ambos progenitores es solidaria, manteniendo la posibilidad de que exista responsabilidad del hijo menor, la cual será personal y concurrente, siempre que tenga más de diez años. Esto significa que los padres podrán repetir lo pagado sobre los bienes del hijo conforme art. 851, inc. h) que regula las obligaciones concurrentes.

Respecto de la acción de regreso de los padres contra los hijos, se entiende que el menor responde directamente a partir de los diez años y el padre tiene acción de regreso. Esto es así porque la capacidad para comprender hechos ilícitos se fija también en diez años (art. 261, inc. b). El régimen es igual, pero la verdad es que hubiera sido mejor que la ley lo dijera expresamente. Nada dice el Código sobre la acción de regreso de los padres contra los hijos mayores de diez años. Pero debe entenderse que existe porque la responsabilidad es “personal y concurrente” de los hijos. En el Código de Vélez la doctrina recurría por analogía al art. 1123, Cód. Civil. En el Código recientemente aprobado no hay una norma idéntica al art. 1123, pero la situación es la misma por aplicación del art. 851 inc. h, que regula las obligaciones concurrentes y dice que “la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia” **(10)**.

(9) GÓMEZ TACCONI, María Victoria, “La responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores en el CCCN”, RCCyC 2018 (julio) 109, cita online AR/DOC/438/2018.

(10) RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (directores) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Tomo IV, art. 1754 y ss. comentado por Edgardo López Herrera.

Una novedad que trae el Código Civil y Comercial es el art. 1750 que impone responsabilidad aun por los daños causados por actos involuntarios. Es decir que la involuntariedad de un acto no determina la irresponsabilidad como prescribía el art. 907 del Cód. Civil en su redacción original, ni lo somete a que excepcionalmente pueda haber una indemnización de equidad, sino que ahora el acto involuntario compromete la responsabilidad del autor. El artículo que comentamos dispone: “El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742”. De manera que la responsabilidad de los padres es solidaria, prevaleciendo en algunos supuestos lo establecido en el art. 1750 cuando el menor cometiese un acto ilícito y no supere los diez años de edad, circunstancia esta que habilita a conceder una indemnización por razones de equidad, al igual que ante la falta de discernimiento. A diferencia del régimen del Código Civil y a pesar de que el art. 261 establecía la edad en la que se adquiere discernimiento para los actos ilícitos y lícitos, este artículo que comentamos impone responsabilidad aun por los daños causados por actos involuntarios por el factor de atribución objetivo “equidad”, equiparándose en este caso al de daños causados por actos voluntarios, pudiendo atenuarse la indemnización en los términos del art. 1742, que establece: “El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

Entonces, en el supuesto de daños causados por el menor de diez años que no tiene capacidad para comprender el acto ilícito los padres responden directa y solidariamente y lo único que pesa sobre el menor es una responsabilidad de equidad; en el caso del niño mayor de diez años el menor responde con su patrimonio y el padre también, pero en forma indirecta, pues se trata de una responsabilidad refleja y no propia. De manera que la víctima puede demandar al menor si tiene patrimonio propio, a los padres o a ambos en forma indistinta, cobrando relevancia lo establecido en la última parte del art. 1754 cuando establece “sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que puede haberle al hijo”.

IV. Las eximentes de responsabilidad

La responsabilidad objetiva de los padres busca proteger a la víctima no solo por medio de la reparación adecuada, sino que obliga a adoptar medidas de prevención del daño y para eximirse de responsabilidad deberán acreditar la ruptura del nexo causal entre el riesgo y el daño causado (hecho del damnificado, el de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor). Sin embargo, existen supuestos especiales de eximición de responsabilidad.

El art. 1755 sostiene: “La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el art. 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa por les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos”.

Vemos entonces que la norma amplía, en orden a las eximentes de responsabilidad de los padres, a los supuestos en que el menor sea puesto bajo autoridad de otra persona de modo transitorio. La utilización de vocablo “transitoriamente” genera en la doctrina la duda sobre qué se entiende o cuál es el alcance de este. Según Lorenzetti, la transitoriedad que exige el art. 1755 requiere de un grado de permanencia. La responsabilidad parental no cesará si el hijo no se encuentra bajo la vigilancia de otra persona que pueda responder por los daños que ese menor pueda ocasionar, de lo contrario bastaría con que el menor haya sido colocado transitoria o permanentemente bajo el cuidado de otra persona para desligarse de la responsabilidad parental, sin que el damnificado tenga un responsable por el hecho de ese menor. En fin, la responsabilidad cesara siempre que haya un responsable que responda por el hecho del menor (11).

(11) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado - Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015. T. VII, art. 1755, p. 567.

Plovanch sostiene: “No se presentan mayores dificultades si se considera el régimen de internado a los efectos educativos. Ahora si el hecho acaece en el régimen escolar común, el que tiene lugar durante determinadas horas del día, no me parece aceptable sentar una regla general que exima de responsabilidad a los progenitores, sino que creo necesario atender a las circunstancias del caso concreto, en particular al origen del hecho dañoso. Conforme lo manifestara en trabajos anteriores no comparto aquella tesis, aun razonando sobre la base de un factor de atribución subjetivo. Seria valedero eximirlos en caso de que el daño provenga de un episodio singular y aislado, pero no cuando la conducta del dañador es habitualmente agresiva, rebelde, pues en estos supuestos habrá que analizar si en el origen causal del acontecimiento dañoso no ha prevalecido el temperamento del autor por sobre las reales posibilidades de vigilarlo. Si deriva de la simple falta de custodia y control que requiere un niño de corta edad, estará justificada la responsabilidad del establecimiento o del maestro. Lo mismo si el hecho deriva de omisión de los deberes de organización. Pero tratándose de situaciones en las que influye notoriamente la personalidad del niño o adolescente, entiendo que los progenitores no pueden quedar exentos de responsabilidad; en especial cuando se trata de menores cercanos a la mayoría de edad. Si el fundamento deriva de la responsabilidad parental esta es irrenunciable, el vínculo subsiste aun cuando se transfiera la vigilancia de modo transitorio, por ello la responsabilidad debiera ser al menos concurrente. Distinto sería si pese a conocer esas circunstancias y haber sido hecho saber por los padres la necesidad de extremar recaudos, la escuela no tomó los adecuados. Acepto que la obligatoriedad del establecimiento educativo de contar con seguro obligatorio hace que en la práctica resulte más simple para la víctima exigir a la institución el pago de la indemnización.

“En cuanto a otros supuestos de vigilancia transitoria, creo que tampoco resulta oportuno sentar reglas generales. Pienso que, si al momento de cometer el daño el menor se encontraba al cuidado o de visita en casa de parientes, amigos, vecinos, etc., por períodos cortos que se cuentan en días o semanas, esas personas desinteresadas y generosamente colaboran con los progenitores, pero el niño continúa bajo la auto-

ridad parental. Los allegados han brindado una ayuda a los progenitores, pero de ningún modo pueden ser considerados responsables ya que han cooperado para desplegar una obligación que les corresponde a aquellos; salvo que de las circunstancias del hecho se desprenda que fue la actuación inapropiada del adulto que transitoriamente cuidaba al menor la que en definitiva provocó el resultado. Estas eventualidades, a mi entender no eximen de responsabilidad a los padres a menos que del hecho mismo, del análisis del nexo causal, resulte la responsabilidad de quien ejercía el cuidado transitorio de modo exclusivo, en cuyo caso, los damnificados estarían en condiciones de demandar a los padres y al cuidador del menor ejerciéndose con posterioridad entre estos, si es que caben, las pertinentes acciones de reintegro” (12).

Sagarna expone que la guarda que exima de responsabilidad paterna debe ser legítima y la transmisión ocasional de la guarda no implicará cesación de la responsabilidad de los padres, puesto que, si cede la vigilancia del hijo en forma transitoria, también será exigible un cierto grado de permanencia en el control del menor para así responder. La guarda circunstancial no hace cesar esa responsabilidad, si no bastaría que el hijo este momentáneamente a cargo de un tercero para eximirse de responsabilidad y en la actualidad los menores tienen una vida social altamente activa y no están siempre son sus progenitores (13).

Como se vio hasta acá, coincido con la doctrina que sostiene que la eximente debe ser interpretada en forma restrictiva y en función de las circunstancias de cada caso concreto, pues, de lo contrario, se estaría diluyendo el avance que implica sentar como regla la responsabilidad objetiva de los padres, si al mismo tiempo ellos pudieran liberarse acreditando que dejaron los hijos bajo la autoridad de otra persona. Este es uno de los puntos más problemáticos de

la reforma, la cual debe ser leída a partir de los cambios introducidos en materia de responsabilidad parental en general y su incidencia sobre la responsabilidad civil de los padres. Piénsese que, interpretada la eximente en forma literal, los padres no deberían responder si han sido dejados bajo la autoridad escolar de un establecimiento educativo común y corriente, lo que aparece como improbable desde la clara visión del nuevo ordenamiento de proteger al derecho constitucional de las víctimas a obtener la reparación del daño (14).

Este último apartado me da pie para dedicar unas breves líneas al instituto de la delegación de la responsabilidad parental en orden a las eximentes de responsabilidad.

V. Delegación de la responsabilidad parental y deber de responder

V.1. Progenitor afín, delegado, guardador, tutor y curador

La delegación de la responsabilidad parental aparece receptada en el Cód. Civ. y Com. en el art. 643. Establece esta norma: “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que solo tiene un vínculo filial establecido”.

Esta delegación no exime de la responsabilidad de responder a los progenitores, lógica consecuencia de que conservan la titularidad de la responsabilidad parental y así lo establece el art.

(12) PLOVANICH, María Cristina, “Responsabilidad de los padres en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2015 (junio).

(13) SAGARNA, Fernando A. “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros en el nuevo Código Civil y Comercial” en LL Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre) p. 143.

(14) DIEGUES, Jorge A., “Responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores” La Ley 07/07/2015, cita online AR/DOC/2119/2015.

1755 cuando dispone entre las eximentes: “No cesa en el supuesto previsto en el art. 643”.

Podría ubicarse en esta situación al progenitor afín, que conforme con el art. 672 del Cód. Civ. y Com. es el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño/a o adolescente, que aun cuando debe cooperar con la crianza y educación de los hijos del otro, no será responsable por los daños que aquellos pudieren causar, ya que los progenitores biológicos conservan la titularidad de la responsabilidad parental.

A este progenitor también se le puede delegar la responsabilidad parental lo cual está previsto en el art. 674, como también puede ejercer de manera conjunta el ejercicio de la responsabilidad parental con su cónyuge o conviviente en caso de ausencia, muerte o incapacidad del otro progenitor del menor. El art. 674 dispone: “El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente”. Por su parte, el art. 675 refiere: “En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio juntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental”.

También debemos hablar del otorgamiento de la guarda conforme art. 657 del Cód. Civ. y Com. que se da a un pariente en supuestos de especial gravedad. Así establece la norma: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por

otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

“El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.

¿Cómo funcionarían en estos supuestos las eximentes de responsabilidad parental? El art. 1756 del Cód. Civ. y Com. en relación con estas personas establece: “Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control”.

Surge claro que, a diferencia de lo que ocurre con los padres, los tutores, curadores y delegados responderán subjetivamente por los perjuicios ocasionados por el menor a su cargo, se consagra una presunción *iuris tantum* de culpa en cabeza de las personas referidas, que solo podrán desvirtuar se acreditan un obrar diligente.

Sambrizzi refiere: “Queda por ver si al progenitor afín en el ejercicio de la responsabilidad parental le alcanza la responsabilidad por los hechos de sus hijos afines menores de edad, sea que se le haya delegado al mismo dicho ejercicio (art. 674 del Cód. Civ. y Com.), o que se dé el supuesto contemplado en el art. 675 y, como consecuencia, ejerza la responsabilidad parental en forma conjunta con el progenitor con el que el niño convive. Creemos que en ambos casos resultan aplicables al progenitor afín los arts. 1754 y concs., del Código, por lo que al tener en tales casos el ejercicio de la responsabilidad parental sobre el niño, dicho progenitor afín es res-

ponsable de los daños causados por este. Lo que no ocurre, en cambio, en el supuesto de que no tuviera acordado el ejercicio de dicha responsabilidad” (15).

Surge la inquietud, en este último supuesto, de que pasaría si frente a un niño cuyos progenitores detentan la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental no cuentan con recursos económicos para hacer frente a un reclamo por daños y perjuicios por el hecho de sus hijos, pero uno de ellos convive hace años o está casado con otra persona (progenitor afín) que si se encuentra en una situación patrimonial más favorable. La norma del art. 673, en cuanto a los deberes del progenitor afín de cooperar en la crianza, educación y cuidado del hijo afín, ¿no lo haría responsable si se logra acreditar la culpa de estos en el daño ocasionado por el menor ante la falta de cuidado y vigilancia?

Parellada se refiere a esta situación sosteniendo que, eventualmente, podrán también concurrir la responsabilidad de los parientes a quienes el juez hubiere otorgado la guarda del niño o adolescente (art. 657) y la del progenitor afín (art. 672) que, no revista el carácter de delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental, si se prueba la culpa de estos con incidencia causal en el daño en el ejercicio del cuidado del menor. En estos casos señalados no existe presunción alguna, el damnificado está gravado con la prueba de la culpa, y la eximente será la falta de culpa por tratarse de una responsabilidad subjetiva... En cambio, para la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la patria potestad pareciera que desde el ángulo doctrinal podría sostenerse que se trata de una responsabilidad subjetiva con culpa presumida, como lo han sostenido destacadas doctrinas en el marco del Código de Vélez, o que es una “responsabilidad objetiva” que admite una causal especial de liberación, constituida por la imposibilidad de evitar el daño, pero que excluye la posibilidad de que esa imposibilidad se apoye únicamente en la circunstancia de la falta de presencia en el momento del hecho. Enrolándose en el primer criterio, la liberación no requeriría la prueba de la ruptura del nexo causal, sino

una prueba categórica o concluyente de la falta de culpa por la imposibilidad de haber evitado el hecho. Tal diferente regulación podría encontrar justificación en la búsqueda de un incentivo para facilitar los acuerdos de delegación o la consideración de que el delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental está actuando solidariamente en auxilio del progenitor a suplir una dificultad que se le presenta al ejercicio de una función que le es propia. La misma noble actitud rebela la conducta del tutor y del curador que aceptan esos cargos (16).

En relación con la tutela, la cual debe ser discernida judicialmente cuando el niño, niña o adolescente no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y no hay persona que ejerza la responsabilidad parental, el tutor va a responder subjetivamente por los perjuicios ocasionados por las personas bajo su cuidado. Es ese el alcance que deber darse al segundo parrado del art. 1756, al establecer que los representantes mencionados se exoneraran de responsabilidad si prueban que les ha sido imposible probar el daño. Sin embargo, como son los curadores, tutores o delegados quienes deberán probar la imposibilidad, existe una presunción de culpa a favor de la víctima, que debe ser desvirtuada por prueba en contrario. Existe, igualmente, una importante limitación respecto de esta eximición, pues no bastara que el representante no se encuentre presente al momento de producirse el hecho para que se exima de responsabilidad, siempre que se encuentre configurado el factor de atribución subjetivo antes mencionado (17).

Sostiene González Freire que “el segundo párrafo del artículo en análisis (1756) dispone que los ‘tutores o curadores’ pueden liberarse de sus responsabilidades si acreditan la imposibilidad de haber evitado el daño, cuestión esta que trae aparejada cierta ambigüedad respecto del alcance jurídico de la norma, al mencionarse que ‘tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia’” (cfr. art. 1756, párr. 2º, Código vigente).

(16) PARELLADA, Carlos A. trabajo citado en nota 42.

(17) LORENZETTI, Rucarlo Luis (director) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” Tomo VIII, p. 572-3.

(15) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Responsabilidad Parental”. Editorial La Ley, 2017, p. 396.

Adhiriendo a la postura sostenida por los últimos autores, la “imposibilidad” que refleja el párrafo en estudio no hace otra cosa que prestarse a confusión. Bien puede señalarse que “la mención es superflua y no trae más que las confusiones que el Código Civil de Vélez. Si la responsabilidad es ahora objetiva, cuya contrapueba es casualmente el caso fortuito, el hecho de la víctima o del tercero por quien no se responde, para que mencionar a la imposibilidad de evitar el daño. Sobre todo, porque para poder alegar el hecho del tercero, ahora se requiere que sea asimilable al caso fortuito”. En efecto, y siendo que la responsabilidad de los tutores o curadores (extendiéndola también a los “padres”) resulta posicionarse bajo un factor objetivo de atribución, existe contradicción en cuanto a la exigencia de demostrar que sobre el acto de la persona que tienen a su cargo, estos han puesto la debida vigilancia que les permita eximirse de responder debido al factor “culpa”. De allí entonces que, al analizarse el segundo párrafo de la norma, “la imposibilidad de evitar el daño debe ser entendida como sinónimo de caso fortuito” (18).

En cuanto al curador y su responsabilidad, deberá estarse a los términos de la sentencia de restricción de capacidad que se dicte, ya que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume (art. 31 inc. del Cód. Civ. y Com.), mientras que por el art. 32 se puede designar curador a la persona cuando esta no pueda interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, por lo cual será en estos casos cuando el curador deba responder por los hechos de la persona sujeta a curatela.

VI. Falta de convivencia por causa que le es atribuible a los progenitores y ejercicio de actividades lucrativas e incumplimiento contractual por el menor

Siguiendo con el tema de las eximentes, tenemos: “Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta cir-

cunstancia deriva de una causa que les es atribuible”; así lo sostiene el art. 1755 en su segundo párrafo. De manera que, si la causa de esta falta de convivencia no les es atribuible a los padres, ellos no responderían por el hecho dañoso del hijo, debiendo tratarse de una causa real, por ejemplo, cuando el menor ha sido objeto de medidas de protección que no obedecen a conductas reprochables de los padres, lo cual obliga a que residan bajo otra custodia. Sin embargo, si la causa les es atribuible no se liberarán del deber de responder.

Ello es lo que sucedería cuando han sido privados de la responsabilidad parental por las causales del art. 700: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

“a. ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;

“b. abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;

“c. poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;

“d. haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

“En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo”.

Plantea dudas o un mayor esfuerzo de interpretación establecer que pasa en el supuesto de suspensión de la responsabilidad parental. Hay quienes sostienen que la suspensión y la privación de la responsabilidad parental excluyen la responsabilidad de los padres dado que reposa sobre ella, salvo que le sea atribuible a los propios padres la falta de convivencia como en el caso de que se hubiera abandonado el hijo, mientras que otro sector doctrinario da cuenta que los padres continuarían siendo responsables en caso de suspensión de la responsabilidad parental por condena a reclusión y prisión

(18) GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco “La responsabilidad civil por el hecho de terceros (principal por el hecho del dependiente, progenitores por el hecho de los hijos, de los establecimientos educativos, tutores y curadores” ED 13-11-2017.

por más de tres años y la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves (arts. 702, incs. b y d), siendo más dudosa la cuestión cuando la suspensión se debe a la sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento o declaración de incapacidad por razones graves de salud mental, donde consideraran que en estos supuestos no debería mantenerse la responsabilidad (19).

Los progenitores son eximidos de responsabilidad cuando el daño proviene de la labor profesional desarrollada por su hijo menor que ha obtenido título profesional habilitante que le permita ejercer por cuenta propia, la actividad conforme lo dispone el art. 30 del Cód. Civ. y Com.: “La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella”. Esta norma además debe complementarse con los arts. 681, 682 y 683 del Cod. Civ. y Com. y art. 32 de la ley 20.744 —según ley 26.390— que establecen las habilitaciones para contratar en situaciones laborales de los menores (20).

(19) Confrontar autores citados en notas 24 y 42.

(20) Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años. El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales. Artículo 682.- Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años. Los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales. Artículo 683.- Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años. Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil. Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo. Art. 32 ley 20.744: Las personas desde los dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo. Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato

Si el hijo se encuentra en relación de dependencia, no pareciera haber dudas de que la responsabilidad se transfiere a quien tiene a su cargo la dirección y supervisión de las tareas de su dependiente (art. 1753). Ahora bien, vale la pena destacar que el cese de la responsabilidad de los padres, solo se refiere a los daños que provoquen en ejercicio de dicha actividad, por lo cual subsiste la responsabilidad de los progenitores por el resto de los daños que pueda producir ajenos a ella.

Esta solución resulta adecuada con los criterios adoptados por la legislación vigente y se adecua a las soluciones propuestas en materia de capacidad progresiva de las personas menores de edad.

Asimismo, el art. 1755 excluye la responsabilidad de los progenitores en los supuestos en que se reclamen al menor las consecuencias dañosas del incumplimiento de una obligación contraída válidamente por él. De manera que el deber de resarcir los daños ocasionados por el menor a terceros por los padres se encuentra limitados a los supuestos de responsabilidad extracontractual, ya sea porque no existió ninguna vinculación entre el menor y la víctima, o porque el daño se causó en el marco de un negocio viciado de nulidad.

VII. Cierre

El nuevo régimen de responsabilidad parental se ha hecho eco de los principios receptados en el Código Civil y Comercial como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, el cual se ha visto atravesado por los derechos humanos obligando a reinterpretar el derecho interno bajo el manto de los Tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional, y ha impactado en el derecho de daños y en el deber de responder de los padres por los hechos de sus hijos.

La democratización de las relaciones familiares con el consecuente abandono del modelo patriarcal, la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, la vida social, la tecnifi-

de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos.

cación y uso de tecnología por parte de ellos, la aparición de nuevas formas familiares y referentes en la vida de los NNA, junto con la necesidad de resarcir el daño buscando un responsable frente a las víctimas ha llevado al abandono de las tendencias subjetivistas, ante el déficit en el control de la conducta y educación del menor de edad y a la objetivación del factor de atribución. Hoy el Código Civil y Comercial impone a los padres un deber de responder por los hechos de sus hijos que encuentra su fundamento en el riesgo creado (o en una garantía que se nutra del riesgo), pudiendo exonerarse de responsabilidad si se demuestra la causa ajena. Tampoco ha olvidado el Código Civil y Comercial, que en la vida de los niños pueden participar otros referentes como guardadores, delegados, tuto-

res, apoyos, entre otros, para lo cual el Código establece las condiciones en que estas podrían responder, siempre buscando que los progenitores no se sustraigan de sus obligaciones por el simple hecho de que sus hijos se encuentren circunstancialmente al cuidado de otras personas.

Hay un gran avance en esta materia que venía siendo reclamado por los operadores jurídicos, será la jurisprudencia y la doctrina las que nos mostrarán sus ventajas o sus déficits, y en definitiva la labor de los jueces quienes mediante la interpretación del derecho aplicable arrojarán luz a las diversas situaciones que se plantearán, buscando soluciones que tengan por norte la reparación del daño, y en definitiva que den soluciones a los más vulnerables.

Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes

Claudia Liliana Araujo

Natalia Pérez Blanco

Sumario: I. Introducción.— II. Marco normativo nacional e internacional.— III. Cooperación internacional.— IV. Problema de las demoras en los procesos.— V. Necesidad de una ley nacional especial.— VI. Conclusión.

I. Introducción

El procedimiento de restitución internacional de niños es un mecanismo cuya finalidad consiste en restituir de manera inmediata a los niños, niñas o adolescentes que fueron sustraídos, trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado diferente al de su residencia habitual. Lo que vamos a analizar en el presente trabajo es si se garantiza o tutela el interés superior de los NNA en dichos procesos, a la luz de los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación en esta materia. Estudiaremos los principios fundamentales para interpretar dicho concepto.

Haremos un repaso del marco normativo nacional e internacional. Centrando nuestro análisis en el “factor tiempo”, en la “urgencia”, principio rector que debe primar en estos procesos, el que, si no es respetado, se vería vulnerado nuevamente el niño, niña o adolescente que se intenta proteger. Estudiaremos los nuevos paradigmas sobre niñez y adolescencia que han ingresado formalmente al derecho argentino de fuente interna con la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, relacionados con la materia en estudio.

II. Marco normativo nacional e internacional

El nuevo Código Civil y Comercial ha dedicado una norma relativa a la restitución internacional en el art. 2642, que establece: “en materia

de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte interesada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente”.

El Código de rito también incorpora otras normas de trascendencia en materia de restitución internacional: los arts. 2611 y 2612 sobre cooperación internacional y asistencia procesal internacional; el art. 2614 sobre el domicilio de las personas menores de edad, que en el último párrafo dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos, o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”; el art. 2639

sobre responsabilidad parental y el art. 2642 sobre restitución internacional de niños, acerca de los principios generales y cooperación. Establece que rigen las convenciones vigentes y fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

En nuestro país, la sustracción internacional pasó de ser un procedimiento desconocido a gozar de una alta recepción no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia. De a poco, las dependencias judiciales fueron delineando un camino de interpretación y principios en esta materia. En la provincia del Chaco, se sancionó la ley 2950 - M “Nuevo Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia”, el cual en su art. 3º, inc. 15 recepta este instituto estableciendo expresamente la competencia del juez de Niñez, Adolescencia y Familia, en “Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y demás cuestiones de derecho internacional privado en las relaciones de familia”.

Algunas provincias han regulado el procedimiento. Entre Ríos aprobó por Acuerdo General 13/15 del 19/05/2005 el Proceso de Restitución Internacional de Menores, como también Córdoba aprobó por ley 10.419 el procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes y régimen de visita o contacto internacional. Al igual que Neuquén, que promulgó la ley 3134 de fecha 15/08/2018 estableciendo un procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes y régimen de visita o contacto internacional. Cuyo objetivo es regular el procedimiento aplicable a los casos comprendidos en dos convenios: Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, dado en La Haya el 25 de octubre de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, llevada a cabo en la ciudad de Montevideo, Uruguay el 15/07/1989 **(1)**.

(1) YUBA, Gabriela, “Comentario de la ley 3134 de la provincia de Neuquén, Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas o contacto

III. Cooperación internacional

Tal como lo señaláramos en párrafos anteriores, el artículo de la reforma introduce soluciones de cooperación internacional en la materia, para aquellos casos que no resulten comprendidos en el ámbito de aplicación de los convenios internacionales de los que la Argentina es parte. Nuestro país ha generado un entramado sistema de soluciones convencionales en la materia, mediante la adopción de convenios específicos de cooperación. Los instrumentos vigentes son típicos convenios de cooperación jurídica, que solo están destinados a restituir las cuestiones que se planteen al previo acto de desposeimiento. No pretenden resolver cuestiones relacionadas con la tenencia de los menores o sobre el derecho aplicable a la resolución de los conflictos.

Así lo expresa Gabriel Rolleri en su trabajo sobre “medidas asegurativas en la restitución internacional de menores”, al referirse que los convenios se limitan a los aspectos civiles, ya que su objetivo no es sancionar a la persona que comete la infracción, sino restituir inmediatamente al niño a su residencia habitual. Ello determina una diferencia significativa entre lo que se entiende por “sustracción de un niño” y “tráfico de menores”. El proceso de restitución no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la responsabilidad parental de los niños, sino que es una solución urgente y provisoria, sin que sea un obstáculo para que los progenitores discutan la cuestión en el país de residencia habitual con anterioridad al traslado. El propio Convenio de la Haya de 1980 prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita, sin extenderse al derecho de fondo **(2)**.

El principio fundamental en el que se basan todos los reclamos y sus soluciones son la preservación, del interés superior del menor, y en ese mismo sentido el artículo introducido pretende resolver aquellos casos que no entren en la órbita de los convenios vigentes. Los tratados

internacional”, publicado en ADLA, 2018-10, 88, Cita Online: AR/DOC/1918/2018.

(2) ROLLERI, Gabriel, “Medidas asegurativas en la restitución internacional de menores” publicado en LA LEY 06/08/2014, Cita Online: AR/DOC/2231/2014.

se manejan principalmente a través de autoridades centrales que se comunican directamente y son intermediarias entre los reclamantes y la justicia. En nuestro país la autoridad central en la materia es la Cancillería (3).

III.1. Los nuevos paradigmas en materia de infancia y adolescencia en el Código Civil y Comercial de la Nación

La doctrina especializada coincide en la existencia de un nuevo paradigma en materia de infancia y adolescencia que se asienta sobre tres principios fundamentales: el interés superior del niño, el derecho a ser oído y la autonomía progresiva.

Este paradigma se inaugura con la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, ratificada y con jerarquía constitucional en Argentina (art. 75 inc. 22 CN), se afianza con la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y alcanza su máxima expresión con el Cód. Civ. y Com. en vigor desde el 1 de agosto de 2015 (4).

El art. 639 Cód. Civ. y Com. indica: “Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Estos tres principios mencionados tienen repercusiones concretas en los casos de restitución internacional de niños que corresponde poner de relieve. El interés del niño podría definirse como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la

persona, pero entendido este por el que más conviene en un momento dado en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular. El interés del niño no es una noción abstracta, porque es, en principio, el interés de ese niño y no el de otros que pueden encontrarse en condiciones diversas” (5).

A su turno, el art. 3° de la ley 26.061 “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 (...)”.

La disposición expresamente aclara que este principio rige en materia de patria potestad (hoy, responsabilidad parental), pautas a las que se ajustarán el ejercicio de esta, 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.

Señala que, 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.

Coincidimos, asimismo, con María Susana Najurieta, quien sostiene: “No existe un único concepto abstracto del interés superior del menor de edad. Cada instituto tiene sus prio-

(3) Sección 8ª del Código Civil y Comercial, comentario, anotado y concordado. Directores: Lidia Garrido Cordeboera, Alejandro Borda - Pascual E. Alferillo Coordinador: Walter F. Krieger, Editorial Astrea, ps. 797, 798, 799.

(4) SCOTTI, Luciana: “Nuevos Paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños”, publicado en DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, 191 — RCCyC 2018 (marzo), 05/03/2018, 88 Cita Online AR/DOC/2669/2017.

(5) Cfr. BIOCCA, Stella Maris, “Interés Superior del Niño”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 30. Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, marzo - abril de 2015, ps. 23 y 24

ridades, que están dadas por la operatividad de los derechos fundamentales. Para comprender estos matices es necesario que la autoridad competente aprecie en profundidad las circunstancias del caso y realice los razonamientos que permitirán satisfacer las orientaciones materiales dadas por el legislador”.

En materia de restitución internacional de niños, la aplicación de la Convención de La Haya, así como la Convención Interamericana (CIDIP IV) juegan como complementos de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en este sentido, debe quedar muy claro que el interés a proteger es el del niño.

La doctrina ha destacado al respecto que el “criterio inspirador del Convenio de La Haya es el resguardo del interés superior del niño. Cada etapa, cada decisión desplegada en la esfera del convenio internacional debe encontrarse impregnada, imbuida por la que inobjetablemente constituye su núcleo, su regla de oro” (6).

Por ello, tanto el principio general, la finalidad central de las convenciones, así como sus excepciones, están inspiradas en el interés superior del niño, y su protección debe guiar al juzgador en todos los casos, teniendo siempre en cuenta las notas características y los objetivos particulares que tiene en mira el procedimiento autónomo previsto.

Por ende, podemos afirmar que, en esta peculiar materia, salvo que se configuren algunas de las excepciones taxativamente enunciadas, el interés superior del niño consiste en ser devuelto a su centro de vida sin dilaciones, sin demoras.

Ahora bien, si existe un grave riesgo en el retorno que afecta el interés superior del niño, o si en virtud de su derecho a ser oído se desprende con claridad que la mejor decisión es rechazar la restitución, o bien el regreso podría resultar manifiestamente violatorio de los principios fundamentales del Estado requerido, consagrados

(6) Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Divorcio y restitución internacional de menores: o sobre quién podrá defender los niños” en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000

en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño, no corresponderá la restitución. Cualquier decisión debe estar al servicio del interés superior del menor.

El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, aprobado en la reunión anual de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia el día 28 de abril de 2017, dispone entre sus objetivos especiales: “Asegurar que la consideración del interés superior del niño sea el eje central durante todo el proceso”. En su punto 5 enumera los principios rectores y el primero es el Interés Superior del niño que, a los fines de este protocolo, “debe ser entendido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el juez de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia, el derecho a tener contacto fluido con ambos padres y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución”.

Coincidimos con Luciana Scotti cuando afirma: “La misma regla aclara que en atención a que se trata de un concepto complejo y adaptable, debe determinarse de forma individual, con arreglo al contexto, la situación y las necesidades personales del niño, evaluando las repercusiones que la decisión tendrá en su vida”.

IV. Problema de las demoras en los procesos

Uno de los temas que más nos preocupó al estudiar esta temática tan sensible tiene que ver con las grandes demoras que se suceden en la tramitación de los procesos. Advertimos que es una problemática de la cual la doctrina y los jueces encargados de tramitarla se ocupan. Tan así es que la 2ª Reunión Interamericana de Autoridades Centrales y Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya sobre Sustracción Internacional de Niños, llevada a cabo en Panamá del 29 al 31/03/2017, se centró precisamente en este punto, siendo “la demora” y “cómo combatirla” los ejes principales sobre los cual giró dicho encuentro.

Está claro que “las demoras” son hoy el principal problema que nos aqueja en materia de restitución de niños, no solo en el país, sino en la región, en donde —salvo excepciones— un caso

puede tranquilamente demorar tres años o incluso más.

Si a esto le agregamos que la Convención fue pensada para lograr que las restituciones de niños sean dispuestas de manera inmediata, en el perentorio plazo de “seis semanas”, la cuestión se agrava aún más. Evidentemente nos encontramos ante un problema serio que debemos revertir. Detrás de cada “demora” hay un niño, cuyo derecho a obtener una decisión pronta se ha visto vulnerado. El Convenio no solo impone el deber de restituir (obviamente, de reunirse los requisitos para ello), sino el deber de restituir “de modo inmediato”, que obviamente no es lo mismo. La clave, justamente, está puesta en la celeridad. Solo así se respeta adecuadamente el interés superior del niño, que es, por cierto, el que debe primar en toda decisión que lo involucre (7).

Si una restitución es ordenada después de cinco años o más, el interés superior de ese niño no se habrá respetado y, pese al arraigo evidente que el tiempo habrá producido en aquel, se lo estará restituyendo en “la ficción” de que su residencia habitual está en ese otro país, del que tal vez ese niño, dependiendo de su edad, ya no tenga siquiera recuerdos.

Son estos los grandes problemas o efectos colaterales, que derivan de una “mala aplicación” de la Convención, producto —sin duda alguna— de quienes no han sabido tomar una decisión a tiempo. No solo el traslado ilícito vulnera los derechos del niño, también los vulnera, una decisión tardía. Ninguna decisión, que se obtenga después de cuatro o cinco años de la fecha en que tuvo lugar el desplazamiento ilícito, puede ser buena. Independientemente de cuál pueda haber sido su fundamentación, o los motivos de la demora.

Esta frase que siempre escuchamos se hace sentir mucho más en estos casos: “La justicia lenta es justicia”. No solo incumple el Convenio un país que no restituye, sino también aquel

otro que restituye, pero luego de largos años de litigio. Pesa sobre el juez, como así también sobre todos los operadores jurídicos del Convenio, la responsabilidad de lograr que, en tiempo razonable, sea tramitado el procedimiento, tal como los exigen los convenios y el interés superior del niño, involucrado en estos procesos. De lo contrario, el proceso se desnaturaliza, pudiendo incluso llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado involucrado.

V. Necesidad de una ley nacional especial

Entendemos que, en nuestro país, es necesario contar con una ley especial a nivel nacional adecuada, que regule el proceso, a fin de abreviar y acotar los plazos de la restitución, unificando criterios de actuación. En aras de hacer un aporte importante relacionado en este sentido, la Comisión Nacional de acceso a la Justicia (CNAJ) aprobó el “Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños” propuesto por la Oficina Regional para América Latina de La Haya. Esta dispuso difundir dicho documento a los jueces de todo el país, recomendando su aplicación como herramienta para dar mayor celeridad a los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

Es un instrumento importante, que, aunque por su naturaleza no es vinculante, tiene por finalidad que se garantice los derechos de los niños a ser oídos, que se unifiquen criterios de actuación, para asegurar el cumplimiento de los plazos que establecen las Convenciones Internacionales.

En este sentido, la Asociación Argentina de Derecho Internacional en el XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional llevado a cabo en 2017 en Mendoza adoptó esta posición: “Resulta imperioso propiciar la elaboración de una ley nacional de procedimiento en materia de restitución internacional de niños a los efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente que, entre otras disposiciones, prevea la reducción de las instancias recursivas. Se recomienda a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Bue-

(7) Cfr. RUA, María Isabel, “Restitución de Niños. El problema de las demoras en los procesos y como combatirlo”, publicado en LA LEY 05/10/18, Cita Online: AR/DOC/1974/2018.

nos Aires la concentración de la jurisdicción en esta materia” (8).

Coincidimos con Sebastián Paredes, quien entiende que, si la restitución internacional encuadra dentro de la cooperación jurisdiccional internacional, y estas son cuestiones que fueron delegadas por las provincias en el Congreso Nacional, las normas que regulan los procesos de restitución tienen carácter federal y por la tanto deben estar reguladas a través de una norma de alcance nacional.

VI. Conclusión

Todas las decisiones relativas a los niños, niñas y adolescentes necesitan de un tratamiento especial y urgente, ya que el transcurso del

tiempo puede traer resultados y consecuencia irreparables, irremediables.

El factor tiempo es una de las principales problemáticas a combatir en asuntos de restituciones internacionales de niños. Es el Estado quien tiene el deber de observar el superior interés del niño en el proceso de retorno a fin de prevenir la generación de nuevos daños durante la etapa de ejecución.

Es por ello por lo que resulta de suma importancia la sanción de una ley nacional que regule un procedimiento sumarísimo de restitución que contemple la concentración de los actos procesales, suprima incidencias abocándose solamente al conocimiento de las excepciones. Solo de esta manera protegeremos a los niños, niñas y adolescentes evitando el arraigo a un nuevo centro de vida, previendo, asimismo, una potencial responsabilidad internacional del Estado.

(8) XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mendoza, 7 y 8 de septiembre de 2017. www.aadi.org.ar.

Aspectos prácticos del proceso de divorcio

E. Manuela Schulz (*)

Graciela María Gómez Vara (**)

Sumario: I. Aspectos prácticos del proceso de divorcio.— II. Competencia.— III. Legitimación.— IV. Escrito inicial. Requisitos.— V. Propuesta reguladora de los efectos del divorcio.— VI. Trámite.— VII. Efectos de la sentencia.— VIII. Inscripción de la sentencia de divorcio.— IX. Efectos del divorcio no acordados.— X. Modificación de las circunstancias que determinaron el convenio.

I. Aspectos prácticos del proceso de divorcio

El proceso de divorcio tiene como objeto la disolución del matrimonio. Inicia con la presentación de la petición de divorcio ante el juez competente y culmina con la anotación marginal de la sentencia que lo decreta en el acta de matrimonio.

II. Competencia

Antes de iniciar el proceso, debemos, en primer lugar, analizar ante qué juez haremos la petición.

El art. 717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que en las acciones de divorcio es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado —a elección del actor— o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.

Existen casos donde la competencia puede ser controvertida, entonces, resulta conveniente ofrecer en el escrito inicial las pruebas ten-

dientes a acreditar la sede del último domicilio conyugal. A tal efecto, es admisible cualquier medio probatorio, como ser la prueba documental (contratos de alquiler, facturas de servicios, certificados de domicilio expedido por la autoridad policial); informativa (de las autoridades electorales como ser juzgado federal o provincial con competencia electoral, Cámara Nacional Electoral o del RENAPER); e incluso puede ofrecerse la prueba testimonial.

Es recomendable que al momento de la ruptura de la convivencia o de la separación de hecho, aun viviendo bajo el mismo techo, el cónyuge interesado (o ambos en conjunto si están de acuerdo) realicen una exposición policial o un acta notarial dejando constancia de esta circunstancia y asentado cuál fue el último domicilio conyugal. Esta prueba también será útil a los efectos de acreditar la fecha de la separación de hecho, con los efectos que analizaremos más adelante.

Lógicamente, el asesoramiento que podamos brindar al cliente con relación a este punto variará de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular y lo que le resulte conveniente.

III. Legitimación

Cualquiera de los cónyuges, en cualquier momento, puede solicitar el divorcio, sin tener la

(*) Jefa de Trabajos Prácticos, cátedra de Procesos Civiles Especiales, Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste.

(**) Profesora titular, cátedra de Procesos Civiles Especiales, Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste.

necesidad de alegar —ni mucho menos acreditar— las razones que motivan su voluntad de hacerlo, ni el transcurso de ningún tipo de plazo, como era requerido por la ley 23.515.

La petición puede ser presentada por uno de ellos de manera unilateral o por ambos de forma conjunta. En el caso de que las partes decidan hacer una petición bilateral, ambas pueden concurrir con el mismo patrocinio letrado, salvo el caso de que existan intereses contrapuestos, como sería el caso de que cada uno de ellos realice una propuesta reguladora de los efectos del divorcio total o parcialmente distinta.

Si el requirente o el otro cónyuge deciden presentarse en el proceso mediante representante letrado, el instrumento mediante el cual se confiere el mandato debe contener facultades expresas para peticionar el divorcio, conforme las previsiones del art. 375 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Puede tratarse de un poder especial o uno general con cláusula especial.

IV. Escrito inicial. Requisitos

Como lo señalamos supra, la solicitud de divorcio es incausada, razón por la cual no debe incluirse en el escrito inicial el acápite correspondiente a los “hechos”, presente en la gran mayoría de los escritos de demanda.

Podemos decir que no es una demanda en sentido estricto. El peticionante le solicita al juez que decrete el divorcio del matrimonio que lo une a otra persona —porque el Código Civil y Comercial diseñó el procedimiento como un trámite judicial— pero el otro cónyuge, el que no peticionó el divorcio, no tiene posibilidad de oponerse a la solicitud ni debatir las circunstancias que derivaron en el pedido (las que son irrelevantes y no se mencionan), razón por la cual el juez no está facultado a tomar una decisión distinta a disolver el vínculo.

Pueden controvertirse cuestiones relativas a la competencia o a la fecha a la que deben retrotraerse los efectos del divorcio, pero incluso esta última, en caso de no arribarse a un acuerdo, debe ser dirimida en un trámite judicial autónomo.

En el escrito deben indicarse los datos de inscripción del matrimonio (lugar y fecha de celebración, acta, tomo, folio, en el que se registró) y, en el caso de que existan hijos menores de edad o con capacidad restringida a cargo de alguno o ambos cónyuges, sus nombres, documento nacional de identidad, edad, lugar y fecha de nacimiento y datos del acta, así como cualquier otra circunstancia que resulte de utilidad.

Estos extremos se acreditan mediante la presentación de las respectivas actas actualizadas y expedidas por el registro correspondiente y en el caso de la persona con capacidad restringida, con copia certificada de la sentencia que así lo resuelve.

También se debe indicar la fecha en que se produjo la separación de hecho sin voluntad de volver a unirse de los cónyuges.

El art. 166 del Código Procesal de Familia de la provincia de Entre Ríos dispone como requisitos de admisión de la petición de divorcio que el solicitante adjunte la libreta de familia o acta de matrimonio y en su caso partidas de nacimiento de los hijos menores de edad; el convenio regulador de los efectos del divorcio exigido por la norma de fondo, o la propuesta para arribar a él; y que indique la fecha de la separación de hecho si esta precedió al divorcio. Si estos recaudos son obviados, no se da trámite a la petición (1).

El Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza, exige que se especifique, si existió, la fecha de separación de hecho, pero

(1) Art. 166° Código Procesal de Familia de la provincia de Entre Ríos: Requisitos para la petición. Facultades del Juez. Toda petición de divorcio, bilateral o unilateral, debe ser acompañada de: 1) Libreta de familia o acta de matrimonio y en su caso partidas de nacimiento de los hijos menores de edad; 2) Convenio regulador o la propuesta para arribar al mismo; 3) Indicar la fecha de la separación de hecho si ésta precedió al divorcio. La omisión de dichos recaudos impide dar trámite a la petición. El desacuerdo sobre alguno o todos los efectos del divorcio, o el déficit en la documentación que respalde el convenio o la propuesta, no suspende el dictado de la sentencia de divorcio en ninguna de las dos modalidades previstas.

su omisión no impide la prosecución del trámite (2).

Los otros códigos de procedimiento provinciales vigentes no agregan ninguna otra exigencia más que la prevista en el art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

V. Propuesta reguladora de los efectos del divorcio

La mencionada norma dispone que toda petición de divorcio sea unilateral o bilateral, debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este, o del convenio arribado, en su caso. Este es un requisito sine qua non para que el juez dé curso a la petición y, en caso de que el solicitante no presente propuesta alguna, deberá intimarlo a hacerlo bajo apercibimiento de ordenar el archivo de las actuaciones.

El proyecto de Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la provincia de Corrientes, con media sanción de la Cámara de Senadores provincial (3) dispone en el artículo 588, que, si el peticionante omitió presentar la propuesta reguladora, de oficio, el tribunal dicta una providencia por la cual requiere la presentación de la propuesta en el término de tres días, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido. La notificación se realiza por ministerio de ley.

La propuesta es parte integrativa de la petición de divorcio. Debe versar sobre cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria, aunque nada obsta que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges si así lo consideran necesario, como ser, por ejemplo, pedido de

compensación económica o resarcimiento por daños derivados de las relaciones de familia.

Las partes tienen la facultad de adjuntar prueba documental que respalde los extremos invocados en las propuestas, como, por ejemplo, informes de los registros de la propiedad inmueble y automotor, recibos de sueldo, constancias de gastos, contratos de alquiler, resúmenes bancarios, etcétera.

Es importante tener en cuenta que, en caso de controversia con relación a los efectos del divorcio y desacuerdo de los cónyuges respecto de sus respectivas propuestas, el juicio no se abre a pruebas ni se somete a decisión judicial en este aspecto. El juez solo se limita a decretar el divorcio, eventualmente fija la fecha de finalización de la comunidad de bienes (si no es controvertida) y homologa los puntos de acuerdo de las partes. De todas formas, el juzgador está facultado para ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen los elementos probatorios que se estime pertinentes tal como lo dispone el art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, entendemos, a los fines de lograr una conciliación.

Aun si la petición de divorcio es conjunta, cada uno de los cónyuges puede presentar una propuesta reguladora distinta o un acuerdo total o parcial y, por los puntos no acordados, propuestas individuales.

Si no existen efectos que regular, por no haber bienes gananciales, necesidad de reclamar alimentos, compensación económica, daños o por ser los hijos mayores de edad, esta situación debe ser manifestada en el memorial inicial.

VI. Trámite

Con relación al trámite del divorcio, debemos tener en cuenta que, si bien el Código Civil y Comercial regula lineamientos procesales básicos, es facultad reservada de las provincias darse sus propias normas procesales. Jurisdicciones como Chaco, Mendoza, Córdoba, Entre Ríos y Río Negro, han dictado sus respectivos códigos de forma de familia con posterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, incorporando las reformas introducidas por esa norma;

(2) Artículo 172 Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza: Requisitos de la petición. Toda petición de divorcio bilateral o unilateral deberá ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste. Se deberá especificar si existió la fecha de separación de hecho. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

(3) Sesión de la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Corrientes de fecha 7 de noviembre de 2019.

otras como Corrientes, tienen la reforma en trámite legislativo. Las provincias que aún no cuentan con una legislación adjetiva adecuada a la nueva realidad normativa han incorporado de hecho las reformas, rigiéndose por protocolos de actuación locales o aplicando cada juzgador un criterio propio en lo que respecta a la forma procesal.

VI.1. Petición bilateral

Como ya lo expresáramos, en este caso, los cónyuges se presentan ante el juez de manera conjunta, acompañando a la solicitud de divorcio un convenio regulador sobre los efectos de este (que puede ser parcial o total) o, en su defecto, la propuesta unilateral de cada uno. En el primer caso, el juez dicta sentencia de divorcio y de homologación de convenio concomitantemente, aun cuando este sea parcial. En cambio, si existen dos propuestas distintas, el juez dicta sentencia de divorcio y convoca a las partes a la audiencia prevista en el art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. La audiencia también se fija en caso de acuerdo parcial.

El Código Procesal de Familia de la provincia de Río Negro (4) difiere la sentencia de divorcio a la realización de la audiencia y dispone que, si una o ambas partes no concurren, el juez debe fijar una nueva, bajo apercibimiento de que, en caso de inasistencia, se dictará sentencia de divorcio sin más trámite.

En oportunidad de la audiencia, el juez intentará que las partes arriben a solución consensuada respecto de los efectos del divorcio no acordados, pudiendo rechazar aquellas afecten gravemente los intereses de los integrantes del grupo familiar. Si el acuerdo se logra, el juez lo homologa en la misma audiencia o en acto posterior, de acuerdo con lo establecido en cada jurisdicción provincial. Si es parcial, lo homologa en esa extensión.

Si se encuentran involucrados derechos de niños, niñas o adolescente o personas con

(4) Arts. 124 y 125 Código Procesal de Familia de la provincia de Río Negro.

capacidad restringida, previo a lo homologación, debe darse intervención al órgano encargado de tutelar los derechos de estos.

Si no hay acuerdo, total o parcial, las partes deberán promover los correspondientes procesos autónomos o incidentales —según la jurisdicción— para resolver las cuestiones pendientes.

VI.2. Petición unilateral

Una vez presentada la petición de divorcio acompañada de la propuesta de convenio regulador, los códigos procedimentales de las provincias de Chaco (5), Entre Ríos (6), Córdoba (7) y Mendoza (8) y el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (9) ordenan que el juez debe disponer el traslado tanto de la petición de divorcio como de la propuesta reguladora (el de Chaco y el Código Modelo CABA utilizan la palabra “demanda” y los de Entre Ríos, Córdoba y Mendoza “petición”). En todos los casos, el traslado se realiza por el término de diez días.

El proyecto de Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la provincia de Corrientes distingue entre la petición de divorcio y la propuesta reguladora. La primera se notifica al otro cónyuge y de la segunda, se le da traslado por el plazo de cinco días. Esta disposición se justifica en el hecho de que la demanda de divorcio es incausada y el procedimiento no permite la discusión y dilucidación de las cuestiones que determinaron la voluntad de divorciarse ni que tengan que ver con los efectos de este, salvo que las partes arriben a un acuerdo al respecto.

(5) Art. 134 Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia del Chaco.

(6) Art. 168 Código Procesal de Familia de la provincia de Entre Ríos.

(7) Art. 95 Código de Procedimiento de Familia de la provincia de Córdoba.

(8) Art. 174 Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza.

(9) Art. 588 Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La norma de forma de Río Negro **(10)**, dispone en su art. 126: “de esta propuesta, que exige patrocinio letrado, se corre traslado por diez [10] días al otro u otra cónyuge para que adhiera expresamente a esta, en todo o en parte, o presente su propia propuesta, haciéndole saber que su desacuerdo o silencio no obsta al dictado de la sentencia de divorcio. Vencido el plazo para contestar el traslado de la demanda, sin que la parte demandada se presente en juicio, se dicta sentencia de divorcio”. La redacción del texto de la norma no deja claro de si se corre traslado únicamente de la propuesta o también de la demanda de divorcio.

La notificación debe realizarse en el último domicilio conocido del cónyuge y si este es desconocido y se han realizado las diligencias tendientes a dar con este sin éxito, procede la publicación de edictos bajo apercibimiento de dictar sentencia de divorcio.

En el caso de que, vencido el término dispuesto en los edictos, el cónyuge no se presente en juicio —por tratarse de un derecho personalísimo— no corresponde dar intervención al defensor oficial en representación del ausente, como sí procede en los otros procesos.

El cónyuge accionado no puede oponerse a la voluntad del accionante de que el juez decreta el divorcio. En cambio, tiene la facultad de expresarse con relación a la propuesta trasladada, aceptándola total o parcialmente, rechazándola y formulando —o no— una nueva. El silencio no implica aceptación de la propuesta formulada por el otro cónyuge.

En aquellas jurisdicciones donde se ordena correr traslado de la petición o demanda de divorcio, corresponde la contestación de esta, haciendo una negativa circunstanciada de cada cuestión que lo amerite. Es necesario prestar especial atención a la fecha invocada para la separación de hecho.

En este sentido, el art. 175 del Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Men-

doza dispone que, si el actor hubiere invocado la separación de hecho previa al divorcio, en caso de silencio o no contestación, se tendrá por cierta la fecha indicada por el peticionante, a los efectos de la extinción de la comunidad de bienes.

Vencido el término del traslado de la demanda y la propuesta, si el accionado presentó una propuesta distinta, de ella se corre traslado al actor por el plazo de cinco días (normas rituales de Chaco, Entre Ríos, Córdoba y el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). El Código de forma rionegrino agrega que el actor, una vez notificado de la contrapropuesta realizada por el otro cónyuge —de la que se le corre traslado por cinco días— puede modificar la propia propuesta, en miras a la conciliación.

La norma mendocina y proyecto de código correntino antes citado no prevén el traslado de la contrapropuesta. El juez debe dictar sentencia de divorcio en el plazo de diez y cinco días respectivamente, contando desde que venció el plazo que tenía el accionado para contestar el ofrecimiento conciliatorio del actor. Posteriormente, se fija la audiencia del art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En los códigos de Chaco y el modelo de CABA prevén que, con la orden de traslado de la contrapropuesta, el juez fije la audiencia ordenada por el código de fondo. Si las partes arriban a un acuerdo, el juez dicta sentencia de divorcio y lo homologa, aunque se trate de un acuerdo parcial.

Las normas de Entre Ríos, Río Negro y Córdoba, disponen que, previo a la fijación de dicha audiencia, el juez debe dictar sentencia de divorcio.

El juez tiene la facultad de rechazar los acuerdos que afecten gravemente los intereses de los integrantes del grupo familiar y si se encuentran involucrados derechos de niños, niñas o adolescente o personas con capacidad restringida, previo a lo homologación, debe darse intervención al órgano encargado de tutelar los derechos de estos.

(10) Art. 126 Código Procesal de Familia de la provincia de Río Negro.

Si no hay acuerdo, total o parcial, las partes deberán promover los correspondientes procesos autónomos para resolver las cuestiones pendientes. De igual manera ocurre si una de las partes no asiste a la audiencia.

VII. Efectos de la sentencia

La sentencia de divorcio extingue el vínculo matrimonial con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la presentación de la petición conjunta de los cónyuges. Sin embargo, si unilateralmente o de manera conjunta las partes alegaron en el escrito inicial que el pedido de divorcio estuvo precedido por una separación de hecho sin voluntad de unirse e indican la fecha, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación, conforme lo establece el art. 480 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Si uno de los cónyuges inicia unilateralmente la petición de divorcio y solicita que la retroactividad de la sentencia sea a la fecha de la separación de hecho, debe indicarla de manera precisa y aportar pruebas al respecto, principalmente documental. Si el otro cónyuge no se opone a la fecha indicada por el peticionante, el juez puede entender que es cierta y sentenciar conforme lo peticionado. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito, teniendo el juez la facultad de modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho (11).

Puede ocurrir también que los cónyuges no estén de acuerdo con la fecha de la separación de hecho, en cuyo caso la cuestión debe resolverse en un proceso autónomo o incidental, según lo determinen las leyes locales.

Si bien la extinción del vínculo no es apelable, sí lo son las cuestiones relativas a los efectos del divorcio —como por ejemplo la homologación de acuerdos— al igual que también lo es la imposición de costas y la regulación de honorarios profesionales, tal como lo disponen las normas procesales de Entre Ríos, Mendoza, y el proyecto con media sanción de Corrientes.

(11) Art. 480 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

¿Se puede apelar la fecha a la que se retrotrae la extinción del vínculo? Entendemos que sí, puesto que se trata de una cuestión que puede ser controvertida por las partes.

Si el apelante se agravia respecto de la disolución del vínculo matrimonial, el recurso debe ser rechazado *in limine* por el juez.

VIII. Inscripción de la sentencia de divorcio

Firme la sentencia que decreta el divorcio, o al menos la parte relativa a la extinción del vínculo, debe librarse oficio al Registro Civil y Capacidad de las Personas donde se haya celebrado el matrimonio para que realice la inscripción marginal de la sentencia dictada en el acta respectiva. El oficio debe ser suscripto por el juez y el secretario del juzgado (debiendo el profesional interesado aportar el proyecto) transcribiéndose la parte pertinente de la sentencia e indicándose los datos del acta de matrimonio y los relativos a los excónyuges, como ser nombre completo y número de Documento Nacional de Identidad. A partir de su inscripción, el divorcio produce efectos frente a terceros.

IX. Efectos del divorcio no acordados

Todas las materias derivadas del divorcio respecto de las cuales no se arribó a acuerdo, sean personales o patrimoniales, deben ser tramitadas por procesos autónomos o incidentales conforme las reglas establecidas por cada código de rito (12). Lo mismo ocurre si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, y el juez decide no homologarlo por esta causa.

Es competente para entender en estos el tribunal que dictó la sentencia de divorcio, salvo las excepciones previstas en el art. 716 del Cód. Civ. y Com. respecto de los procesos que involucren derechos de niños, niñas y adolescentes en los que es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida; y el art. 717 del mismo código, que dis-

(12) Art. 438 último párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

pone la competencia del juez del proceso colectivo para intervenir en la liquidación de la comunidad de bienes si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges.

X. Modificación de las circunstancias que determinaron el convenio

El convenio homologado o la decisión judicial que dispone el otorgamiento de garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio pueden ser revisados

si la situación de las partes se ha modificado sustancialmente. Sabido es que las resoluciones de derecho de familia no patrimoniales no son alcanzadas por el principio de cosa juzgada, por lo que pueden ser objeto de modificaciones cuantas veces la situación lo exija.

En este caso, si se pretende revisar o modificar algún punto del convenio homologado, la parte que así lo pretenda, deberá iniciar el correspondiente.

Se casó Cenicienta: divorcio sin compensación económica

Juan Javier Negri

Un cónyuge puede exigir una compensación económica por el desequilibrio causado por el fracaso matrimonial. Pero que se lo conceda es otra cosa.

Paula se divorció de Mario después de seis años de convivencia y ocho de matrimonio.

Para ella, que trabajaba de acompañante terapéutica, divorciada de su primer marido, que vivía con sus padres y era apenas dueña de un automóvil que explotaba como *remise* (término usado en la Argentina para llamar a los automóviles que se arriendan con chofer incluido), casarse con Mario había sido equivalente a desposar al príncipe azul. Él, exitoso ingeniero, administraba sus propias empresas. El dinero nunca faltó; todo fue maravilloso mientras duró: estupenda casa en Nordelta (un lujoso barrio privado fuera de Buenos Aires, rodeado de lagos y jardines), tres mucamas, niñera, jardinero, departamento en Miami...

Como no todo es dinero en la vida, la relación no funcionó y los años de matrimonio terminaron en un estrepitoso y complejo proceso de divorcio. Para Paula todo había sido un lindo sueño, pero había estallado como lo hacen las pompas de jabón.

De todos modos, no podía quejarse: la mitad de ese ingente patrimonio, de origen ganancial, sería para ella.

Pero la ambición pudo más y Paula demandó a Mario una indemnización adicional de diez millones de pesos por la repentina y violenta caída de su estatus económico.

La idea no era mala: el Código Civil introdujo la compensación económica en los casos de divorcio “para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge como consecuencia directa del divorcio que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación...”

La compensación puede consistir en una renta periódica, una suma única de dinero o el usufructo de algún bien.

Paula argumentó que durante sus años de matrimonio se dedicó a atender a sus hijos, lo que detuvo su desarrollo profesional, que el divorcio había deteriorado y desequilibrado su situación económica y que aún no había podido disponer de los bienes que por ley le correspondían luego del divorcio. Dijo también que “fueron varios los años dedicados íntegramente a su familia y que producida la ruptura matrimonial se encontraba en clara desventaja monetaria y de confort producto no solo de la falta de pago de alimentos sino de las negativas a acordar cómo liquidar la comunidad ganancial”.

Mario, como ocurre siempre, dio una versión diferente: Paula había omitido explicar cómo era su vida antes de casarse con él y cómo vivía al presentar su demanda, en una casa magnífica y que esperaba recibir no menos de diez millones de dólares como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal. “Difícilmente el matrimonio implicó un empeoramiento de su economía”, resumió. “Tampoco se dedicó a la crianza de sus hijos” al contar con semejante dotación de personal en su casa y teniendo en cuenta que ellos “asistían al colegio todo el día, almorzaban ahí y sus traslados los efectuaban terceras personas”. Agregó que, tratándose de una mujer joven, “sus condiciones personales le permitirían acceder fácilmente a un trabajo”.

En primera instancia, la jueza dijo que, aunque el derecho de Paula no era claro, “existía un desequilibrio coyuntural que había empeo-

rado su situación a causa del divorcio”, por lo que le otorgó alrededor de dos millones de pesos.

Nadie quedó conforme: Paula exigió más dinero, porque “fue luego del matrimonio y gracias a que ella se hizo cargo de la casa, de los hijos y de los padres de Mario, que este pudo desarrollarse en el campo profesional”.

De ahí que “la situación de ambos fuera similar antes de anudar el vínculo y que [Mario] se desarrolló y enriqueció gracias a su aporte en especie”. Aunque Mario le cedió la casa de Nordelta, Paula estaba tan mal de dinero que había tenido que arrendarla.

Para Mario la sentencia era incongruente. Si se había reconocido la diferencia patrimonial entre ambos antes del matrimonio, ¿cómo pudo existir un empeoramiento cuando Paula se veía ahora favorecida con la propiedad de la mitad de los bienes adquiridos por él durante el matrimonio? Paula “nunca podría haberlos comprado con los ingresos fruto de su profesión”. La compensación económica, en su opinión, “no persigue igualar los patrimonios ni garantizar a quien la reclama el derecho a mantener el nivel de vida que tenía durante el matrimonio”. Además, él ya pagaba alimentos a Paula, amén de todos los gastos e impuestos sobre la casa de Nordelta.

Si Paula tuvo que dejarla, fue porque no quería destinar su propio dinero a pagar el personal que antes la atendía.

En segunda instancia (1) se aplicó el principio según el cual el objetivo de la compensación “es colocar al beneficiario en una potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no haber contraído matrimonio o formado la unión convivencial”. Para establecer su monto en caso de desacuerdo, el juez debe analizar “el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crian-

za y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado y en este caso, quién abona el canon locativo”.

La Cámara decidió que varias de las conclusiones de primera instancia, antes que dar la razón a Paula, favorecían, por el contrario, la postura de Mario. Por ejemplo, el hecho de que antes de convivir, *ya existía el desequilibrio patrimonial y profesional entre ambos*: mientras Mario era ingeniero y propietario de un departamento, Paula era acompañante terapéutica, había sido despedida de su trabajo y explotaba su automóvil.

Al finalizar la relación, Paula era dueña del 50% de tres automóviles, una casa en Nordelta, la mitad de un departamento en Miami y de varias sociedades comerciales. “Formalmente —agregaron los jueces— en la titularidad de patrimonios no ha existido empeoramiento sino un beneficio de la situación económica de [Paula], toda vez que no existen probabilidades de que en el curso normal de los años 2002 en adelante, en la Argentina hubieran permitido a alguien con título de acompañante terapéutica, despedida de su trabajo en una empresa de personal temporario y con un Renault que hacía trabajar como *remise*, adquirir hacia fines del año 2014 (fecha de la separación) los bienes cuya titularidad ostenta”.

Para el tribunal, estuvo claro que “el empeoramiento de la situación *no provino de la celebración del matrimonio y su posterior ruptura*”, algo que Paula había consentido al no impugnar lo dicho por la jueza cuando esta reconoció “que ya en los inicios de la unión convivencial que precedió al matrimonio, existía un desequilibrio patrimonial y de calificación profesional configurado previamente”.

Paula también había omitido cuestionar la sentencia anterior cuando dijo que “el matri-

(1) In re “B. c. V”, C1^aCC, San Isidro, BA. Exp. 23615-2017, 2 diciembre 2019; ElDial.com ABAEF, 24 abril 2020.

monio no fue un obstáculo para que ella trabajara cuando tenía tres mucamas, jardinero y 'piletero' (encargado de piscina, en dialecto argentino) y sus hijos tenían doble jornada escolar y eran llevados y retirados del colegio por un tercero o para que adquiriera una mayor calificación profesional, ya que pudo iniciar una Licenciatura en Psicología y se acreditó que tuvo materias aprobadas por equivalencias de otras instituciones...”

Por lo tanto, se dijo en primera instancia y sin que Paula lo objetara, “pese a la asignación tradicional de roles que tuvo la pareja, el matrimonio en sí no configuró un obstáculo para que ella elevara su capacitación y por ende sus expectativas de acceder a mejores empleos y mayores ganancias con el producido de su trabajo. Los obstáculos que enfrenta una persona que decide hacer una carrera universitaria siendo adulta y con hijos son atribuibles a las decisiones personales que cada persona [sic] asume para su vida y tal decisión personal de [Paula] no implicó en modo alguno que el empeoramiento de su situación tuviera causa adecuada en el matrimonio...” Y agregó: “tampoco puede considerarse a dichos fines que [Paula] haya prestado colaboración a las actividades industriales y profesionales de [Mario]”.

Para los jueces, “se trata de ponderar la situación imperante antes y después del matrimonio y no solo durante y después de aquel”.

Paula tampoco vio empeorada su situación “desde el punto de vista que considera la potencialidad de cada uno de los esposos para su desarrollo posterior individual. Sería como dar respuesta a la siguiente pregunta: con qué posibilidades contaba [Paula] en ese aspecto antes de entrar al matrimonio, con cuáles durante y con cuáles a su finalización”.

Pues “no se trata de hacer solo un análisis cuantitativo, porque lo relevante es cómo incidió el proyecto de vida en común y su posterior quiebre en la potencialidad de cada uno para su desarrollo económico posterior”.

Para los jueces, no se probó “que el rol que ocupó [Paula] en pos del proyecto de vida en

común haya sido causa de una situación económica actual desequilibrante que de algún modo comprometa sus posibilidades de desarrollo futuro”.

La Cámara insistió en que “si hubo una situación desigual entre las partes, obedeció a que ella ya existía cuando comenzó la relación entre ambos, conviviendo primero (2002) y contrayendo matrimonio después (2008), tanto en el aspecto patrimonial (con qué bienes contaba cada una de las partes cuando comenzó la convivencia entre ellos), cuanto en lo relacionado con las posibilidades de cada uno de generar ingresos propios.

“Pero, como puede apreciarse, esa desigualdad no tuvo causa adecuada en el matrimonio y en el divorcio”.

Para el tribunal, “la finalidad fundamental de la compensación económica es la de ayudar al beneficiario a alcanzar, si fuere viable, aquel grado de autonomía económica de que hubiere podido disfrutar, por su propio esfuerzo, de no haber mediado el matrimonio, en cuanto el mismo y la consiguiente dedicación a la familia hayan supuesto un impedimento u obstáculo en su desarrollo laboral o, en general, económico”.

En consecuencia, la Cámara revocó la decisión de primera instancia: “asiste razón [a Mario] en cuanto destacó la falta de demostración por [Paula], que tenía la carga de hacerlo, de los presupuestos que habilitan la procedencia de la compensación económica pedida, puesto que el patrimonio conyugal que la propia [Paula] administra es mayor al que tenía al inicio de la relación cuando inició su unión con el demandado, porque no se ha demostrado que exista un desequilibrio coyuntural que no vaya a quedar corregido por la liquidación de la sociedad conyugal, que es la vía adecuada para ello. Aun cuando exista una desigualdad transitoria entre los cónyuges, existen medios legales para lograr equilibrar la situación hasta que el estado de indivisión de la comunidad cese”.

Paula, que había ido por más, quedó con las manos vacías.

Nuestro comentario: hubo una cadena de tres errores graves en este asunto. El primero fue de Paula, al incluir argumentos en su demanda que después fueron usados en su contra; luego, no objetar varias conclusiones de la sentencia de primera instancia (muchos de

ellos basados en sus propias afirmaciones). Y tercero, el error de la jueza, que, no obstante haber reconocido que Paula estaba en mejor situación después que antes de conocer a Mario, interpretó la ley al revés y llegó a la conclusión equivocada.

DERECHO COMPARADO

La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho de familia nicaragüense

La modificación jurisdiccional de la conciliación administrativa por alteración de las circunstancias

Juan Carlos Rocha Valle (*)

Sumario: I. Origen y evolución histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*.— II. La cláusula *rebus sic stantibus*.— III. La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho de familia nicaragüense.— IV. Conclusiones.— V. Referencias bibliográficas.

I. Origen y evolución histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*

I.1. Derecho romano

La expresión latina *rebus sic stantibus* puede traducirse de forma general “estando así las cosas”. Según la doctrina (1), la cláusula *rebus sic stantibus* no fue una construcción propia del de-

recho romano, debido a la prevalencia del principio *pacta sunt servanda* y a la exigencia de actuación conforme al principio *bona fide*. Sin embargo, las referencias en las numerosas fuentes jurídicas y literarias de importantes juristas y filósofos romanos sentaron las bases de lo que posteriormente devino como una doctrina.

En efecto, el derecho obligacional suponía que el cumplimiento es el modo natural y frecuente de extinción de las obligaciones. No obstante, con el tiempo, la justicia pretoriana concedió al deudor de una obligación una excepción si el cumplimiento se tornaba injusto para él. De ahí que, en el *Digesto* y en las *Instituciones* se notan las primeras reseñas de la cláusula *rebus, verbi gratia, Paulo, in stipulatione, id tempo spectatu quae contrahimus* (2), o Africano, *tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat* (3).

A pesar de lo anterior, los aportes de Cicerón y Séneca, en relación con que el incumplimiento de los contratos estaba justificado si las condiciones por las cuales se contrató se alteraban en perjuicio de uno de los contratantes, son co-

(2) En los contratos nos interesa su ejecución no su celebración.

(3) Existe una cláusula tácita según la cual la obligación se ejecuta si permanece la misma situación que existía en el momento de la celebración del contrato.

(*) Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA). Abogado y notario público. Defensor público, en el área del Derecho Civil.

(1) Vid. RIVERA RESTREPO, José Maximiliano, “Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (Teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española”, *Ars Boni et Aequi*, 11, no. 1, 2015, 31-48; RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico”, *Revista Persona y Derecho*, 74, 2017, 291-318; MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, “Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* (1948), 61, 2014, 329-362; DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, *Revista Chilena de Derecho*, 12, no. 2, 1985, 253-270; DE LA CUESTA SÁENZ, José María, “La modificación del contrato por alteración de las circunstancias”, en Muñiz Espada, Esther, Comps., *Derecho de obligaciones y contratos: el homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Wolters Kluwer España, 2016, pp. 395-412; GARCÍA CARACUEL, Manuel, “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales”, Dykinson, Madrid, 2014.

múnmente aceptados como el origen remoto de la cláusula *rebus*. En cuanto al primero, en su obra *De officiis*, nos dice que si una depositante entrega en su sano juicio la custodia de una espada a un depositario y, sin embargo, las condiciones se alteran, por ejemplo, por la demencia de la persona que hizo la entrega de la cosa, sería un crimen devolverla (4). En lo que toca al segundo, en su clásico texto *De beneficiis*, afirma que para tener que cumplir lo prometido todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa (5).

Ciertamente, el derecho romano parió la idea de que el contrato pueda revisarse si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su constitución. Sin embargo, no construyó una figura jurídica aplicable con carácter general de revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias.

1.2. Los canonistas

A continuación, en los siglos XII-XIV, los cano-nistas medievales, cuyos exponentes Graciano, en su clásica obra *Decretum*, Bartolomé de Brescia y Tomás de Aquino, en el texto latino *Summa Theologiae*, acogieron las ideas de los pensadores antes aludidos y sentaron las bases de la cláusula *rebus*. Con ellos, se inicia entonces el movimiento intelectual, pero, según Zimmermann, una glosa de Juan el Teutónico al *Decreto de Graciano* fue lo que se convirtió en el verdadero punto de partida, ya que, en ella, se afirmó que (en todo contrato) *semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit. Quod propter novum casum novum datur auxilium* (6) (7), con lo cual, se formulaba una concepción subjetiva de la figura como condición sobreentendida. Esta es la razón de la denominación cláusula utilizada para referirse a esta figura con la que se da a entender

(4) Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere.

(5) Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas.

(6) ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 580.

(7) Esta condición siempre se entiende, si la propiedad permanece en el mismo estado. Lo nuevo es el soporte para el nuevo caso.

que se trata de una cláusula tácita o implícita en el contrato. Pero, la glosa de Juan el Teutónico presenta una ambivalencia pues, al mismo tiempo que propone una concepción que podemos considerar subjetiva de la figura, apela para la justificación de esta a un fundamento objetivo: la alteración objetiva de las circunstancias (*propter novum casum*). Esta ambigüedad ha acompañado a la teoría *rebus sic stantibus* desde sus inicios y se ha mantenido hasta la actualidad (8).

Las premisas fundamentales por las cuales se abogaba por la cláusula *rebus* eran la tendencia —opuesta a la mantenida en el derecho romano— a favorecer al más débil económicamente (en las obligaciones: el deudor); la importancia atribuida al concepto de buena fe, entendida además en un sentido amplio; la generalización de la llamada *laesio enormis* y la prohibición de la usura (9), porque, condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro y la promesa emitida solo obligaba siempre y cuando nada haya cambiado, es decir, siempre y cuando las circunstancias originales existentes al momento de la celebración del negocio se mantuvieran a lo largo de su ejecución (10). Esta teoría tiene su base en la equidad y en el derecho natural, que condenaba el enriquecimiento injusto, ya proviniese de un contrato de préstamo con interés, ya proviniese de un contrato sinalagmático que, por una alteración posterior e imprevista de las circunstancias, estuviese en el momento de su ejecución enriqueciendo a una de las partes y empobreciendo a la otra de forma distinta a la pactada por ellas (11).

1.3. Los posglosadores

En la época de los posglosadores hasta las postimerías del siglo XVIII se configuró con mayor precisión la cláusula *rebus*, definiéndola, desarrollándola y aplicándola, como un nuevo principio del derecho civil. El postulado fundamental

(8) RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, “La alteración...”, 74, ob. cit., pp. 305-306.

(9) Idem, pp. 306.

(10) JIMÉNEZ GIL, William, “La teoría de imprevisión, ¿regla o principio?”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y ciencias sociales*, no. 2, 2009, pp. 19.

(11) GARCÍA CARACUEL, Manuel, “La alteración...”, ob. cit., pp. 29.

era que todo pacto contenía implícita una regla según la cual las partes consentían tácitamente subordinar la fuerza obligacional de este al mantenimiento de las circunstancias fácticas que habían existido en el momento de la celebración del contrato (12).

Por supuesto que los comentaristas no tuvieron como eje fundamental la construcción de una nueva regla del derecho civil, sin embargo, sus trabajos han pasado a la posteridad a propósito de sus famosas y clásicas sentencias, tal como la de Baldo, en su obra *Commentaria omnia, contractus qui habent tractus sucessivus vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (13). En fin, a finales del siglo XV su ámbito de aplicación era amplísimo: disposiciones legales, últimas voluntades, contratos, privilegios, juramentos, estatutos jurados y declaraciones juradas de renuncia, según la enumeración de Giasone del Maino (1435-1519); o simplemente en palabras de Tiraquello (1480-1558) en todos los actos y disposiciones. A lo largo de los tres siglos siguientes y casi hasta el momento de la codificación esta doctrina estuvo vigente y fue la tesis dominante en el ámbito del derecho común (14).

1.4. La codificación

Ahora bien, el auge de la cláusula *rebus* llegó hasta comienzos del siglo XIX. En esta centuria, marcado por el racionalismo y por la filosofía de la Ilustración, junto con los principios de la Revolución francesa y la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad, se desacreditó, debido a que el excesivo uso jurisprudencial produjo la inestabilidad de los contratos y no se concretaron las condiciones que debían concurrir para su aplicación. En esta línea histórica, la cláusula *rebus* involucionó. Y, así, por ejemplo, los juristas Domat y Pothier no la abordaron en sus estudios de derecho civil. Por ello, con la codificación, ni el Cód. Civil francés de 1804, ni el italiano de 1865, ni el español de 1889, ni ninguno

de los códigos civiles decimonónicos inspirados en estos cuerpos normativos, la adoptaron.

II. La cláusula *rebus sic stantibus*

II.1. Concepto

La ausencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los códigos civiles decimonónicos no significó una preterición de índole doctrinal y jurisprudencial en el siglo XX. Sin embargo, ha evolucionado con altibajos, como consecuencia, por ejemplo, de los trastornos sociales y económicos causados por las dos grandes conflagraciones mundiales. Por ello, quizás, ha sido denominada y tratada de forma diferenciada en distintos sistemas jurídicos.

Así pues, en el derecho francés se le conoce, según Colin y Capitant, citado por García Caracuel (15), como “la doctrina de la imprevisión”, según la cual resulta aplicable a aquellos casos en que la ejecución de un contrato de tracto sucesivo devenga más onerosa de lo previsto inicialmente, como consecuencia de circunstancias sobrevenidas que no constituyen sin embargo caso fortuito o fuerza mayor.

Los teóricos italianos la denominan “la doctrina de la excesiva onerosidad”, la cual es definida como la regla *iuris* que permite a una de las partes en un contrato bilateral de tracto sucesivo resolverlo cuando su prestación se ha tornado excesivamente gravosa como consecuencia de eventos sobrevenidos extraordinarios e imprevisibles (16).

En Alemania la designan como “la doctrina de la base del negocio”, la cual postula una adaptación del contrato celebrado, o, de no ser posible, su resolución, cuando las circunstancias que sirvieron de base hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato (17).

(12) Idem, pp. 31.

(13) En los contratos de tracto sucesivo o sometidos a futuro se sobreentiende su cumplimiento siempre que sigan, así las cosas.

(14) RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, “La alteración...”, 74, ob. cit., pp. 308.

(15) García Caracuel, Manuel, *La alteración...*, ob. cit., pp. 205.

(16) Idem, pp. 237.

(17) Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 1ª ed., <https://dpej.rae.es/>, Consultado el 22 de septiembre de 2020.

Y los españoles la llaman “la doctrina del riesgo imprevisible”, según la cual una alteración sobrevenida de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes en el momento de contraer la obligación produce la resolución del vínculo contractual o su revisión por vía judicial. La alteración ha de ser de tal envergadura que pueda decirse racionalmente que ha destruido la relación de equivalencia entre las prestaciones. Además, ha de ser completamente imprevisible y es necesario que ninguna de las partes esté, según la naturaleza del contrato, obligada a soportar el riesgo (18).

En definitiva, conforme a esta cláusula, la subsistencia de la obligación depende de la subsistencia de las circunstancias. Consiste en un remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en casos de contratos de tracto sucesivo y larga duración (19) cuando se produce una alteración en la onerosidad de las prestaciones por causas ajenas a las propias partes contratantes (20).

II.2. Tratamiento jurisprudencial

En el derecho español, la aplicación de la cláusula *rebus* procede cuando se ha producido una alteración extraordinaria entre las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato y el de su cumplimiento, esto es, cuando concurre una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes como consecuencia de circunstancias sobrevenidas totalmente imprevisibles. Se viene admitiendo la aplicabilidad de esta cláusula, si bien de forma

(18) DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis - GULLÓN, Antonio, “Instituciones de Derecho Civil, Doctrina general del contrato y de las obligaciones, Contratos en especial, Cuasi contrato, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual”, Tecnos, Madrid, 1998, Vol. I-II.

(19) El contrato de tracto sucesivo es aquel contrato en el que la ejecución de la prestación tiene lugar de forma repetida y prolongada en el tiempo, por ejemplo, las ventas a plazos o los arrendamientos. Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico, 1ª ed., <https://dpej.rae.es/>, Consultado el 27 de septiembre de 2020.

(20) Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico, 1ª ed., <https://dpej.rae.es/>, Consultado el 27 de septiembre de 2020.

restrictiva por afectar al principio general *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica (21).

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1994, establece que “cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones”. Asimismo, la Sentencia del 27 mayo 2002 (RJA 4573) señala que “esta cláusula de *rebus sic stantibus* para que pueda estimarse como sobreentendida en ciertos contratos, fundamentalmente en los de ejecución sucesiva en los que por el transcurso del tiempo puedan variar las condiciones de hecho tenidas en cuenta para contratar, no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque entiendo que puede ser apreciada por los Tribunales, siempre que se den circunstancias determinadas..., que se trate de una alteración de los supuestos básicos del contrato, completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar. Por último, la Sentencia del 25 de enero de 2007 (RJA 592) manifiesta en síntesis que: A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y

(21) Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico, 1ª ed., <https://dpej.rae.es/>, Consultado el 28 de septiembre de 2020.

E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”.

Como vemos, la doctrina y la jurisprudencia han llevado a cabo una elaboración técnico jurídico de la cláusula *rebus*, con un carácter excepcional y restrictivo al principio *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica. Sin embargo, en la actualidad, hay propuestas, con la finalidad de flexibilizar el rígido esquema de aplicación y adecuarla a los tiempos que corren, por la Gran Recesión de 2008 y la pandemia del COVID-19 de 2019, que trastocaron las situaciones de hecho y de derecho.

Así, por ejemplo, a propósito de la crisis económica en España, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013, RJ 2013\1819, ha determinado que “una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos (...) una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes” (22). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017, RJ 2017, 447, afirma que “el derecho español carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, aunque existen dispersas a lo largo del ordenamiento expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, que introducen excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias del principio *pacta sunt servanda* y del principio de la responsabilidad del deudor” (23). Por último, la Comisión General de Codificación, con

(22) ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, Fernando M. - LUNA YERGA, Álvaro - XIOL BARDAJÍ, María, “Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus* ¿Cambio de vía de la jurisprudencia del tribunal Supremo?”, *Aranzadi doctrinal*, 3, 2013, pp. 514.

(23) ALBIÑANA CILVETI, Ignacio, “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula ‘*rebus sic stantibus*’ y su

la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, en el art. 1213 (24), planteó la revisión o la resolución contractual cuando hayan surgido circunstancias extraordinarias e imprevistas que hagan el cumplimiento excesivamente oneroso o rompa el equilibrio propio de un contrato conmutativo.

Pongamos otro ejemplo, en el contexto de la crisis sanitaria, los tribunales españoles han contemplado soluciones jurídicamente viables ante el impacto económico, la aplicación de la cláusula *rebus*. Para ilustrar mejor, podemos citar un auto emitido por un juzgado de primera instancia de Madrid, en el cual se adoptó unas medidas cautelares, solicitadas por la mayor empresa siderúrgica del país frente a diferentes bancos y fondos de inversión de gran calibre, consistente en suspender una amortización de créditos durante el presente año y la dispensa de cumplir una serie de cláusulas sobre solvencia financiera (25).

aplicación a las operaciones inmobiliarias”, *Actualidad jurídica* Uría Menéndez, No. 49, 2018, pp. 115.

(24) Vid. DE LA CUESTA SÁENZ, José María, “La modificación del contrato por alteración de las circunstancias”, en Muñiz Espada, Esther, Comps., *Derecho de obligaciones y contratos: el homenaje al profesor Ignacio Serrano García, Wolters Kluwer España*, 2016, pp. 407; CODERCH, Pablo Salvador, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009. El Anteproyecto propone incluir en el Libro IV (De las Obligaciones y Contratos) un Capítulo VIII (De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato) con un nuevo artículo 1213: Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

(25) VILLATORO GONZÁLEZ, Tomás, 2020, 9 de junio, “La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ya está aquí”, *El País*.

II.3. La cláusula rebus sic stantibus en el derecho nicaragüense

Ciertamente, nuestro Código Civil, influido por las corrientes doctrinales europeas del siglo XIX, carece de una norma aplicable con carácter general de revisión del contrato por alteración sobrevinida de las circunstancias. Sin embargo, el art. 2480 (26) de este cuerpo normativo podría tenerse como fundamento para la aplicación de esta cláusula implícita, toda vez que en él se dispone como principio elemental de los contratos la adecuación de su contenido a las circunstancias que aunque no hayan sido expresamente determinadas en él, nacen como consecuencia de la observancia de la equidad, del uso o de la ley, de acuerdo con la naturaleza de la obligación que nace de dicho contrato (27).

En cambio, en el derecho administrativo, específicamente, en la ley 737 (“Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público”) y en la ley 801 (“Ley de Contrataciones Administrativas Municipales”). En ambas leyes (28) (29) hay una

(26) Artículo 2480 C: Los contratos obligan tanto a lo que se exprese en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

(27) GUZMÁN GARCÍA, Jairo José - HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth, “Contratos Civiles y Mercantiles”, Facultad de Ciencias Jurídicas, UCA, Managua, 2014, 3ra. ed., pp. 142.

(28) Ley 737, artículo 71: Derechos Contractuales y Potestades Administrativas Exorbitantes de la Entidad Contratante. La entidad contratante tendrá los derechos contractuales que resulten del contrato administrativo celebrado, así como la potestad para dirigir, controlar y supervisar el contrato. Adicionalmente, tendrá las siguientes prerrogativas exorbitantes, taxativas e irrenunciables con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios generales: 1. La potestad para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público; sin perjuicio de la renegociación del contrato, la terminación anticipada del mismo o del pago de las indemnizaciones que correspondan al contratista particular en caso que la modificación efectuada al contrato haya alterado la ecuación financiera o equilibrio original del contrato.

(29) Ley 801, artículo 90: Derechos Contractuales y Potestades Administrativas Exorbitantes de las Alcaldías o Sector Municipal. Las Alcaldías o Sector Municipal tendrán los derechos contractuales que resulten del contrato administrativo celebrado, así como la potestad

serie de normas relativas a las prerrogativas o potestades exorbitantes, tales como la de dirección, control y supervisión, la de modificación, ampliación, suspensión, resolución y rescisión del contrato que, sin embargo, son un reflejo de la cláusula *rebus*. En ambas leyes, se contemplan la posibilidad de revisión del contrato, con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios generales.

Ahora bien, la jurisprudencia nicaragüense ha abordado en distintas materias la cláusula *rebus*. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 85, del veintidós de agosto del año dos mil dos, resolvió un Recurso de Amparo cuyo dato interesante es la interpretación que realizó de los contratos administrativos al señalar que uno de los principios que hacen que el contrato administrativo no sea ley entre partes, es el principio de imprevisión. Así también, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 308, del treinta de agosto del año dos mil dieciséis, teorizó sobre la aplicación de la doctrina en cuestión cuando dijo que la teoría de la imprevisión se aplica ante acontecimientos temporales, extraños a las partes, imprevisibles, inimputables y extraordinarios que afectan obligaciones de ejecución sucesiva y que alteran la economía del contrato, haciendo más onerosa a una de las partes el cumplimiento de la prestación, esto es, que si bien es cierto con la nueva situación es posible cumplir el contrato, resultara más gravoso para una de las partes. Y, por último, la Sala de lo Laboral del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, en Sentencia 37, del veintiocho de febrero del año dos mil dos, abordó sobre la exclusión de la teoría en cuestión por situaciones previstas, pues, si, tal y como dijo la Juez A quo, las partes contemplaron o previeron esta posibilidad y el empleador deci-

para dirigir, controlar y supervisar el contrato. Adicionalmente, tendrá las siguientes prerrogativas exorbitantes, taxativas e irrenunciables con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios complementarios: 1) La potestad para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público; sin perjuicio de la renegociación del contrato, la terminación anticipada del mismo o del pago de las indemnizaciones que correspondan al contratista particular en caso que la modificación efectuada al contrato haya alterado la ecuación financiera o equilibrio original del contrato.

dió asumir el riesgo y garantizar así al trabajador, automáticamente por el mismo hecho, ante “la previsión” de las partes, no es aplicable la teoría de “la imprevisión”.

Recientemente, en el ámbito gubernamental, a propósito de la pandemia, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SI-BOIF) emitió la Norma para el otorgamiento de condiciones crediticias temporales (30) y la Norma temporal de reforma al art. 15 de la Norma para las Operaciones de Tarjetas de Crédito (31), con la finalidad de que las instituciones financieras flexibilicen las condiciones crediticias a los deudores, en fin, la posibilidad de modificar los contratos, por ejemplo, de mutuo, con garantía prendaria o hipotecaria, o bien el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y emisión y uso de tarjeta de crédito de los tarjetahabientes.

III. La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho de familia nicaragüense

III.1. La conciliación

Como hemos visto, la cláusula *rebus sic stantibus* ha estado presente en el derecho civil, concretamente, en sede contractual. Sin embargo, no tiene un fin propiamente civilista, sino que es aplicable a otras materias, como en el derecho de familia y, por ende, no tiene un alcance limitado al ámbito contractual, sino que irradia de manera específica sobre los negocios jurídicos familiares.

En general, el negocio jurídico bilateral está formado por dos partes y contiene más de una declaración de voluntad. Su esencia se encuentra en el acuerdo de voluntades de las partes intervinientes. La figura más representativa es el contrato, pero también lo es el matrimonio (32). Con ello, se quiere decir que los negocios jurídicos, celebrados en el marco del derecho de familia, como el matrimonio, se insertan como una especie dentro de la categoría general del negocio jurídico.

(30) Resolución CD-SIBOIF-1181-1-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020.

(31) Resolución CD-SIBOIF-1181-2-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020.

(32) DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis - GULLÓN, Antonio, “Instituciones...”, ob. cit., pp. 23.

Al respecto, Belluscio nos dice que, el acto jurídico familiar no constituye una categoría distinta al acto jurídico, sino una especie de este género caracterizada por el derecho civil a la cual corresponden las relaciones jurídicas o los derechos subjetivos sobre los cuales versa. Igualmente, Díaz de Guijarro afirma que, no hay ninguna diferencia estructural o sustancial entre el acto jurídico y el acto jurídico familiar. En otras palabras, hay una unidad sustancial entre los dos, desde el momento en que el derecho de familia es parte del derecho civil, el acto jurídico familiar está comprendido en la teoría general de los actos jurídicos por cuanto la voluntad humana es determinante para su creación, pero a la vez existe una distancia del derecho familiar con la teoría del acto jurídico (33). De ahí la denominación de negocios jurídicos familiares.

El negocio jurídico familiar es aquel acto voluntario, autónomo y delimitado por la ley que constituye, modifica, regula o extingue un estado de familia y que, asimismo, tiene como objeto principal la regulación de la relación jurídica que emerge de un estado natural o deseado de tipo familiar (34). Por tanto, al negocio jurídico familiar le son aplicables todas las normas reguladoras de los negocios jurídicos, sin perjuicio de tener en cuenta la especificidad derivada del derecho de familia (35).

Pues bien, la esencia y la razón del derecho de familia es, como no puede ser de otra manera, la familia, integrada por un grupo de personas naturales, unidas por el matrimonio o por la unión de hecho estable, es decir, el ingreso al estado legal de la familia tiene lugar en exclusiva mediante estos negocios jurídicos (36). No obstante, la

(33) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia”, Gaceta Jurídica SA, Lima, 2011, Tomo I, pp. 196.

(34) Idem, pp. 201.

(35) RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares”, Revista Uruguaya de Derecho de Familia, 6, 2006, pp. 241.

(36) Artículo 2 CF: Principios rectores. Son principios rectores del Código: h) La igualdad y protección del matrimonio y de la unión de hecho estable por parte de las Instituciones del Estado; artículo 37: Concepto e integración de la familia. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del

ruptura de estas alianzas trae aparejado, generalmente, conflictos jurídicos en relación con los derechos y a los deberes entre los cónyuges o los convivientes o entre estos y sus hijos (37), con lo cual, estos sujetos pueden resolverlos, de forma ágil y eficiente, a través de otros negocios jurídicos, tales como el acuerdo sobre pensión alimenticia ante notario público (38) o la conciliación en vía administrativa (39).

Concretamente, la conciliación en vía administrativa, desde una perspectiva procesal, puede entenderse como el procedimiento en que un intermediario neutral, el conciliador, a petición

Estado. Está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y destrezas diferentes, unidas por el matrimonio o unión de hecho estable entre un hombre y una mujer y vínculos de parentesco. De igual forma, las familias encabezadas por madres solteras, padres solteros, viudas, viudos, divorciados, divorciadas, abuelos, abuelas, así como por otros miembros de la familia, que ejerzan la autoridad parental, gozarán de la misma protección y tendrán los mismos deberes y derechos de solidaridad, respeto, tolerancia y buen trato establecidos en este Código.

(37) Arts. 79, 80, 81 82, 90, 268, 276 y 315 CF.

(38) Artículo 326 CF: Acuerdo sobre la pensión alimenticia ante notaria o notario público. El padre y la madre podrán mediante escritura pública, celebrar acuerdo sobre la pensión de alimentos que se debe pasar al hijo, hija o persona con discapacidad, pero ésta deberá ser ratificada por autoridad administrativa o judicial competente del domicilio del beneficiario, de conformidad con el presente Código.

(39) Artículo 433 CF: En los procesos familiares se instrumenta, al menos, una etapa conciliadora. Cualquiera que sea el régimen, debe responder a las siguientes pautas: a) Si acaece ante un órgano no jurisdiccional, las actuaciones tendrán carácter reservado y los sujetos pueden o no actuar con representación de abogado o abogada. Las personas interesadas, podrán someter a conciliación los asuntos que tengan pendientes para llegar a un acuerdo, directamente ante los conciliadores del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez, sin perjuicio de hacer valer su derecho en la vía judicial; en la que también se franquea la oportunidad de conciliar intereses, en las audiencias de Ley. Artículo 434 CF: En el ámbito administrativo, el Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez podrá intervenir en los asuntos familiares sujetos a su competencia por vía conciliatoria, a objeto de lograr acuerdos o compromisos entre las partes, como espacio de avenimientos a sus conflictos, previo al proceso judicial. Los acuerdos alcanzados constarán en actas firmadas por los sujetos intervinientes y tendrán fuerza ejecutiva para estos, cuya ejecución puede ser instada a la jurisdicción judicial familiar.

de las partes en una controversia procura prestarles asistencia para llegar a una solución mutuamente satisfactoria (40). No obstante, desde el punto de vista que aquí nos interesa, el convenio suscrito en la conciliación se configura como un negocio jurídico bilateral familiar (41), con características mixtas, de orden privado y público, por la intervención de los particulares y de una autoridad pública, con la función de facilitar a estos sujetos un instrumento en el que exterioricen sus voluntades y, con la finalidad, a partir del consentimiento, de constituir y regular las obligaciones legales respectivas (42) (43).

(40) MEZA GUTIÉRREZ, María Auxiliadora - ORÚE CRUZ, José René, "La mediación y el arbitraje en Nicaragua", Facultad de Ciencias Jurídicas/Universidad Centroamericana, Managua, 2012, pp. 18.

(41) En el Derecho español, el convenio regulador es un negocio jurídico familiar que se acompaña a la demanda de separación o divorcio y, por el cual, los cónyuges acuerdan las consecuencias personales y patrimoniales, conforme a los arts. 90 y 103 del Código Civil. Según LÓPEZ BURNIOL, el convenio regulador es un "negocio jurídico de Derecho de Familia en el que los cónyuges regulan las consecuencias de la separación o divorcio y que debe necesariamente acompañarse de la demanda cuando la separación o el divorcio sean solicitados por ambos conyugues o por uno de ellos con el consentimiento del otro". Para MONTERO AROCA supone la manifestación más evidente de la autonomía voluntad en el derecho de familia, y por el que las partes "proponen al juez cumplidamente respuestas o regulaciones de mutuo acuerdo a todas y cada una de las previsiones de los art. 81, 86 y 90 del C.C., y éste, en tal sentido, homologa las mismas"; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, María, La figura del convenio regulador en el Ordenamiento Jurídico español, Trabajo de Fin de Grado, Almería, 2015, pp. 14. La STS 325/1997, 22 de abril de 1997, señala que el convenio regulador "... En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica".

(42) En la clasificación de las obligaciones encontramos las obligaciones ex lege. Las obligaciones ex lege son las derivadas de la Ley. Son obligaciones en las que una persona está, por disposición de la ley, obligada a realizar una determinada conducta. En consonancia con ello, el Código civil, en el artículo 1831, establece que "Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en las leyes, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido, y en los que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro".

(43) En el ámbito del Derecho de familia, se suele ilustrar, como ejemplo paradigmático entre las obligaciones

III.2. La modificación jurisdiccional de la conciliación administrativa por alteración de las circunstancias

Los acuerdos en la conciliación, en cuanto a la conformación de las obligaciones legales respectivas, deben ser cumplidos, en homenaje al principio *pacta sunt servanda* (44). Incluso, la conciliación tiene un carácter ejecutivo (45). Podría pensarse con esto que, de modo similar a lo que sucede en el ámbito del derecho civil, en sede contractual, el Código de Familia tampoco incluyó una disposición aplicable con carácter general que admita la posibilidad de revisión de las estipulaciones en la conciliación, por alteración sobrevenida de las circunstancias.

Pero antes de seguir adelante consideremos, ante todo, la disposición del ya referenciado art. 2480 del Cód. Civil. Pues, en él, como ya dijimos, debemos tener presente la adecuación del contenido del contrato a las circunstancias sobrevenidas debido a la equidad, del uso o de la ley. Con ello, se infiere que las circunstancias, por así decirlo, condicionan al derecho. Claro está que, en general, las interacciones entre los individuos de una sociedad conllevan a una variabilidad de situaciones imposibles de prever en cierta forma. Y, particularmente, en las relaciones familiares pasa igual.

Así, derecho de familia regula las instituciones derivadas de las relaciones familiares, tales como, el cuidado y crianza, la pensión alimenticia, el régimen de comunicación y visitas, el uso y habitación, etcétera, a través de la conciliación. Lo que importa observar, no obstante, es que estos asuntos, en primer lugar, son consideradas obligaciones legales, y en segundo lugar,

legales, la recíproca de alimentos entre parientes, pero hay también otras muchas que derivan legalmente de los vínculos de familiaridad o cuasifamiliaridad, como las que obligan más ampliamente a los padres por el hecho de serlo o las que les afectan cuando son titulares y ejercen la patria potestad, entre otras. El Código de Familia no confiere un poder creador de la obligación, sino que la impone.

(44) Arts. 2437 y 2479 Cód. Civil.

(45) Artículo 578, último párrafo, CF: “Los acuerdos alcanzados entre las partes en el trámite conciliatorio tendrá fuerza de título ejecutivo para hacer valer su cumplimiento ante autoridad judicial correspondiente”.

por la contingencia de las relaciones familiares, comportan obviamente mutabilidad y, en consecuencia, los efectos alteran las condiciones dadas inicialmente y rompen el equilibrio de las prestaciones.

Desde luego, la regla general es la estabilidad de los pactos en la conciliación. Pero, cómo nivelamos la desproporción de las prestaciones generada por el cambio de las primitivas condiciones. La respuesta la encontramos en la excepción a la regla, la cláusula *rebus*. En efecto, la disposición del art. 583, último párrafo, del Código de Familia es un reflejo de la cláusula *rebus*: “Si existiesen circunstancias sobrevenidas, estando firme el acuerdo, y que pudiesen afectar el contenido de este, cualquiera de las partes, podrán solicitar un nuevo trámite conciliatorio ante el Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia”.

Como puede observarse, la norma en cuestión ofrece, a cualquiera de las partes, ya sea el alimentante ya sea el alimentista, la posibilidad de modificar los compromisos adquiridos en la conciliación, por la misma vía administrativa, cuando cambien las circunstancias. Sin embargo, es incompleta. Por ello, deja ciertos vacíos, que dan lugar a interpretaciones ambiguas.

En primer lugar, que no admite la posibilidad de modificar los acuerdos alcanzados en la conciliación, en sede jurisdiccional, en segundo lugar, que no precisa cuáles son los asuntos objeto de modificación, y, en tercer lugar, que no enumera cuáles son los supuestos en que se considere que existen circunstancias sobrevenidas. Ante tal situación, examinamos minuciosamente el problema, a partir de una lectura detenida y una interpretación integradora del Código de Familia.

Así pues, lo primero que hay que decir es que, los asuntos objeto de modificación deben atenderse *a contrario sensu*, de conformidad al art. 562 del cuerpo normativo antes aludido: “Podrán someterse a conciliación en la vía administrativa, los asuntos relacionados con el cuidado, crianza, alimentos, régimen de comunicación, visitas y todos los conflictos que puedan derivar de las relaciones padre, madre, hijas o hijos, como una forma ágil, expedita, especializada y

gratuita de resolver los conflictos que se susciten en el seno familiar”.

Ahora bien, es prudente advertir que no se trata de un *numerus clausus* en tanto en cuanto, por ejemplo, otro asunto objeto de modificación puede ser el uso y habitación. Asimismo, los asuntos reconocidos y amparados por esta rama del derecho son, como ya dijimos, obligaciones legales. No obstante, solo en la obligación legal de pensión de alimentos surge en puridad una relación jurídica obligatoria. En contraste, hay otros asuntos que no tienen la configuración propia de una relación jurídica obligacional, verbigracia, el cuidado y crianza (46) o el régimen de comunicación y visitas (47).

La relación jurídica que aquí se presenta se configura como la existente en toda obligación, por un lado, el alimentante o, mejor dicho, el deudor tiene la obligación legal de dar los alimentos y, por otro lado, el alimentista, es decir, el acreedor tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la obligación legal de proporcionar los alimentos, cuya ejecución de la prestación de carácter patrimonial (48) se ve de forma repetida y prolongada en el tiempo (49). De lo que

(46) Artículo 276, último párrafo, CF: Obligaciones derivadas de la autoridad parental. “Los padres y las madres están obligados a cuidar la vida de sus hijos desde el momento de su concepción”.

(47) Artículo 281 CF: Derecho del padre o la madre al relacionarse con los hijos e hijas. “La decisión sobre quien ejercerá el cuidado, crianza y representación del hijo o hija no conlleva al alejamiento entre éstos, con relación al padre o la madre excluida. Las hijas o hijos tienen derecho a relacionarse con su padre o madre en casos de separación de éstos. Este derecho se extiende a los demás familiares, tanto por línea paterna como materna”.

(48) Artículo 306 CF: Concepto y cobertura de alimentos. “Los alimentos son bienes necesarios que se proporcionan para la vida de una persona. Comprende una prestación económica que guarda la debida relación entre las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y las necesidades de quien deba recibirlos”. En consecuencia, en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria nace la deuda o el crédito alimenticios.

(49) Artículo 328 CF: Pronunciamientos en sentencia. “Cuando los alimentos se decidieren en vía judicial, la sentencia además de los requisitos generales establecidos en este Código expresará: a) El monto de la prestación alimentaria a favor de quien tenga derecho, deberá pagarse y la periodicidad: mensual, quincenal o semanalmente”.

se deduce es que, normalmente, el objeto de la modificación serán aquellas estipulaciones que involucren prestaciones de tracto sucesivo y de larga duración, como la pensión de alimentos o el uso y habitación, lo cual, no significa que el cuidado y crianza y régimen de comunicación y visitas no puedan ser objeto de modificación. Por ello, quizás, el ya derogado art. 296 del Cód. Civil disponía que solo “[l]a prestación alimenticia puede modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da y de quien la recibe”.

Con respecto a que el Código de Familia no señala cuáles son los supuestos que pueden ser tenidos en cuenta para la modificación de los pactos debemos considerar que hasta cierto punto puede ser un acierto, pues, en las relaciones familiares acaecen con alternancia sucesos prósperos y adversos, por lo que, los supuestos pueden ser de variada índole. Sin embargo, la situación antes descrita ha generado una diversidad de hipótesis o de conjeturas.

Una hipótesis recurrente acontece con el compromiso de prestación alimentos cuando supera el 25 % por un hijo, en consecuencia, la pregunta es que si procedería la modificación en virtud del art. 324 inciso a) del Código de Familia (50), en tal sentido, la respuesta a la interrogante no es pacífica, aunque, la praxis judicial se ha decantado por la modificación del *quantum* de la obligación de dar alimentos. Otra contro-

(50) Artículo 324 CF: “El monto mínimo de una pensión alimenticia para un mismo beneficiario, en caso que el alimentista no tenga trabajo estable no podrá ser inferior al veinticinco por ciento del salario mínimo del sector económico a que pertenezca su profesión u oficio. En caso de que el alimentante tenga un trabajo estable se debe tasar los alimentos de la siguiente forma y orden: a) Veinticinco por ciento de los ingresos netos si hay solo un hijo; b) Treinta y cinco por ciento de los ingresos netos si hay dos hijos; c) Cincuenta por ciento de los ingresos netos si hay tres o más hijos y se distribuirán de manera equitativa; d) Si él o la alimentista tiene más hijos o hijas de los que están demandando alimento, este debe probar que está proveyendo a los demás con alimento, los que deberán ser incluidos en el máximo del cincuenta por ciento; e) Cuando reclamen alimentos personas distintas a los hijos o hijas, se estipulará un diez por ciento de los ingresos netos adicional, respetando el orden de prelación establecido en el presente Código; f) En caso de que concurren a reclamar alimentos más de tres hijos y otros alimentistas, el cincuenta por ciento será destinado para los hijos y el diez por ciento se prorratea entre los otros reclamantes”.

versal conjetura surge en lo relativo a si procedería la modificación del monto de la pensión alimenticia cuando cambia a bien la situación económica de alimentista o del alimentante, a lo cual, la contestación deviene negativa toda vez que el artículo antes referido señala expresamente el *quantum* de la prestación alimentaria, con independencia de la condición económica del deudor de los alimentos y la del acreedor alimentario. También sucede en lo concerniente a la modificación de la pensión de alimentos a razón de la cantidad de hijos que tenga el alimentante, sin embargo, al igual a lo que ocurre con el *quantum* de la pensión alimenticia, el artículo antes mencionado determina la correspondencia entre la cantidad de hijos con el *quantum*.

Valga decir que, los supuestos antes esbozados parten de una interpretación generalizada del Código de Familia. No obstante, el art. 332 del cuerpo normativo en cuestión aborda cuatro causales de cesación en la obligación de dar alimento. De lo que se deduce, sin embargo, es que, al fin de cuentas, el artículo en referencia provee cuatro supuestos que pueden dar lugar a la modificación de los acuerdos celebrados en la conciliación. Hay que aclarar que, no deben confundirse los términos modificación y cesación. Por ello, quizás, el antedicho artículo se intitula la *cesación en la obligación de dar alimentos*, con lo cual, es importante decir que el verbo intransitivo *cesar* con la preposición *en* significa “dejar de realizar la actividad que se menciona”, en otras palabras, la cesación, en consecuencia, supone un estado de inactividad.

Así pues, el artículo antes mencionado, como un duplicado del ya derogado art. 297 del Cód. Civil y del art. 27 de la ya también derogada Ley de Alimentos (51) (52) señala: “La obligación

(51) Artículo 297 C: La obligación de prestar alimentos cesa: 1°. Cuando aquel que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos o cuando termina le necesidad del que los recibía. 2°. En el caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el deudor de alimentos. 3°. Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe.

(52) Artículo 27 LA: La obligación de dar alimentos cesa: a) -Cuando aquél que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos o cuando termina le necesidad del que los recibía; b) -En el caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el deudor de alimentos;

c) Cuando los hijos e hijas alcancen la mayoría de edad. Los mayores de edad podrán seguir recibiendo alimentos hasta que cumplan los veintiún años de edad, cuando estén realizando estudios, siempre y cuando no hayan contraído matrimonio ni se hayan declarado en unión de hecho estable y no estén laborando; b) Cuando los hijos e hijas menores hayan sido emancipados, salvo en casos de enfermedad o discapacidad que le impida obtener por sí mismo los medios de subsistencia; c) En caso de falta o daños graves del alimentario contra el deudor o deudora de alimentos; d) Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe. La cesación de la obligación alimentaria de los literales c) y d), deberá ser declarada por sentencia”.

Adviértase, con todo, dos cosas importantes, en primer lugar, a propósito de los dos últimos supuestos antes aludidos, es un imperativo legal acudir a la vía jurisdiccional, en segundo lugar, el comentario del inciso 3° del ya derogado art. 297 del Cód. Civil por Cuadra Zavala (53), que es idéntico al literal d) del ya referenciado art. 297 del Código de Familia, es aún aplicable, pues, se interroga, como por ejemplo, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino, o mejora de fortuna, ¿se entenderá por conducta reprensible la falta de aplicación al trabajo?

Y, en relación con que el Código de Familia no admite la posibilidad de modificación de las estipulaciones acordadas en la conciliación, por alteración de las circunstancias sobrevenidas, ante el órgano jurisdiccional, supone una violación a la tutela judicial efectiva del art. 34 de la Constitución y los principios rectores y los criterios de interpretación y aplicación de los arts. 2° y 7° del Código de Familia, respectivamente. Puesto que, inadmitir esta posibilidad, por una interpretación legalista, supone negar a toda persona el derecho de promover, en defensa de sus derechos, la actividad de los órganos juris-

dor de alimentos; c) -Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe.

(53) CUADRA ZAVALA, Joaquín, “Anotaciones al Código civil de Nicaragua”, Hispamer, Managua, 2004, Tomo 1, pp. 129

diccionales para obtener una resolución fundada y motivada.

Hecha esta salvedad, consideramos que es posible modificar los pactos establecidos en la conciliación ante la autoridad judicial en tanto en cuanto la obviedad sobre este punto pasa por la naturaleza misma del convenio en la conciliación, negocio jurídico familiar. Así pues, la conciliación en sí misma descansa en la autonomía de la voluntad, de tal modo que, si no hay voluntad de las partes, no hay acuerdos y, por lo tanto, no se realizará un nuevo trámite conciliatorio ante el órgano no jurisdiccional. Y, todavía más, los dos últimos supuestos de la cesación en la obligación de dar alimentos del art. 332 del cuerpo normativo antes referido: por falta o por daños graves del alimentista contra el alimentante y por conducta reprensible; como dijimos en líneas arriba, deberán ser declarados por sentencia ante la autoridad jurisdiccional. A modo de ejemplo, supongamos que las partes en una conciliación ante el órgano no jurisdiccional acordaron una pensión alimenticia del cincuenta por ciento (50%) de los ingresos ordinarios y extraordinarios del alimentante a razón de tres hijos, como lo dispone el art. 324 literal c) de la norma respectiva, no obstante, si uno de los alimentistas, verbigracia, el primogénito que, a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad, sigue recibiendo la pensión correspondiente, por cuanto, está realizando estudios universitarios, comete contra el alimentante una daño grave, tal como, la violación del derecho al honor, debido a la emisión por parte del alimentista de expresiones o de imputaciones de hechos falsos que hagan desmerecer la consideración social e individual del alimentante, en consecuencia, este estará facultado de pedir la modificación de la pensión alimenticia acordada en la conciliación ante el órgano jurisdiccional por la causal c) del art. 332 del Código de Familia.

Como vemos, en este contexto, la única vía es la jurisdicción, sin embargo, la praxis judicial parece discurrir en la ambigüedad. Las decisiones de las autoridades judiciales son disímiles en torno a la posibilidad de la modificación de los compromisos hechos en la conciliación, por alteración de las circunstancias sobrevenidas.

Así, por ejemplo, la Sentencia 256 dictada por el Juzgado Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve y veintinueve minutos de la mañana, el dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, en el asunto número 005533-ORM5-2019-FM, estimó la pretensión de la modificación de una conciliación, consistente en modificar el cuidado y crianza, régimen de comunicación y visitas y, por supuesto, la pensión alimenticia. Por el contrario, el auto dictado por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve de la mañana, el treinta de julio de dos mil diecinueve, en el asunto número 005577-ORM5-2019-FM, inadmitió una demanda de modificación de una conciliación, arguyendo que, conforme al art. 583 del Código de Familia, la vía jurisdiccional no es la correspondiente sino la administrativa, asimismo, que, de acuerdo a los arts. 328, último párrafo, y 539 del mismo cuerpo normativo, “en sede judicial únicamente se pueden modificar las sentencias que no causen estado, una vez que hayan variado las circunstancias del momento en que fueron dictadas. En todo caso si lo que el demandante pretende es establecer una pensión alimenticia en sede judicial, bajo las circunstancias actuales, deberá promover el juicio de prestación alimenticia, en donde ofrezca los alimentos para su hijo, de acuerdo con la demostración de su realidad económica actual”. No obstante, este precedente judicial cambió, en ocasión a la Sentencia 76 dictada por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y cincuenta y seis minutos de la mañana, el veintiocho de septiembre de dos mil veinte, en el asunto número 005328-ORM5-2018-FM, en cuyo proceso se llevó a cabo la modificación de una pensión alimenticia establecida en una conciliación. Las partes en este proceso convinieron, en una conciliación en el Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia, en relación a su hija, entre otros, el pago de la pensión alimenticia, con una cuantía del veinticinco por ciento (25%), equivalente a un mil quinientos córdobas (C\$ 1,500.00), y con una periodicidad de forma quincenal, de los ingresos mensuales del alimentante, los cuales ascendían a la cantidad de seis mil seiscientos cuarenta y siete córdobas con setenta y dos centavos (C\$ 6,647.72). Sin embargo, este acuerdo relativo a la pensión

alimenticia significaba que el alimentante pagaba mensualmente la suma de tres mil córdobas mensuales (C\$ 3,000.00), lo cual, no correspondía a la cuantía antes referida y los ingresos del alimentante. De tal modo que, la pretensión consistía en modificar la pensión alimenticia no en cuanto al porcentaje sino en relación con la suma determinada y a la periodicidad. Inicialmente, la demanda se admitió y, a la vez, se emplazó, de manera que, la parte demanda la contestó, pero, en esta etapa procesal la autoridad judicial declaró nulo todo lo actuado “en virtud de que art. 328, último párrafo, y 444 CF, establecen que se pueden modificar las sentencias recaídos en los procesos familiares como los Alimentos y en este caso se está pretendiendo modificar el Acuerdo suscrito entre las partes ante el Ministerio de Familia, adolescencia y Niñez, mediante acta emitida por un órgano administrativa que no tiene carácter de sentencia, en ese sentido se debió promover un juicio de Pensión de Alimentos, en consecuencia esta Autoridad judicial Resuelve: se le previene a la parte demandada de conformidad con el art. 505 CF, que dentro del tercer día hábil después de notificada la presente providencia subsane la acción de sus pretensiones en el presente juicio, todo bajo el apercibimiento de ley de ordenar el archivo de las presentes diligencias,” según resolución judicial dictada por esta misma autoridad a las dos y seis minutos de la tarde, el tres de septiembre de dos mil dieciocho. La parte demandante apeló de la resolución en referencia ante el Tribunal de Apelaciones cuyo argumento estribó en la inobservancia del debido proceso por cuanto la solicitud de una modificación de una conciliación no tiene su fundamento en el art. 328, último párrafo, del Código de Familia. El Tribunal de Apelaciones, en la Sentencia 040 dictada a las nueve y diez minutos de la mañana, el once de marzo de dos mil diecinueve, consideró que “si bien es cierto que los arts. 138 y 539 del Código de Familia expresamente señalan que se pueden modificar en un proceso las sentencias sobre alimentos y que en el caso de autos, la pretensión de la parte demandante es que se modifique el acuerdo al que llegaron (los progenitores)..., en relación a la pensión alimenticia de tres mil córdobas (C\$ 3,000.00) mensuales..., lo que hace evidente que la pensión alimenticia quedó establecida en base al porcentaje del veinticinco por ciento (25%) que

señala el inciso a) del art. 324 CF cuando solo hay un hijo, considerando esta Sala que dicha pensión puede ser modificada siempre y cuando se demuestre que han variado las condiciones y circunstancias por las cuales se otorgó este derecho, ya que de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 CPCN (norma supletoria)... Por lo anteriormente expuesto, a esta Sala no le queda más que declarar con lugar el recurso de apelación de que se ha hecho mérito...” Como no puede ser de otra manera, el proceso siguió su curso hasta la sentencia. La autoridad judicial, con base en los arts. 321, 328, 440, 539, estimó la pretensión de la modificación de la conciliación y, en consecuencia, se estableció el pago de los alimentos, con una cuantía del veinticinco por ciento (25%), equivalente a la suma mensual de unos mil ochocientos sesenta córdobas (C\$ 1,860.00), de sus ingresos ordinarios y extraordinarios mensuales.

Como vemos, la autoridad judicial de la primera sentencia admitió sin óbice alguno la modificación de las estipulaciones en la conciliación. Por el contrario, los judiciales de la segunda y tercera sentencia vertieron dos razonamientos comunes, pero, inadmisibles, toda vez que en la práctica forense no tiene cabida.

La primera consideración es que en la vía jurisdiccional no procede la pretensión de la modificación de los pactos en la conciliación, porque, solo las sentencias pueden ser modificadas y, la otra es que, como consecuencia de lo anterior, lo que procede es, o bien, acudir nuevamente a la vía administrativa, aunque los involucrados no tengan la voluntad de realizar un nuevo trámite conciliatorio, o bien, incoar un proceso de prestación de alimentos, aun cuando existan compromisos adquiridos en una conciliación. En relación con el primer punto, hemos dicho que, la conciliación en sí mismo descansa en la autonomía de la voluntad, por lo que, si las partes no tienen la voluntad de modificar los acuerdos en una conciliación, la jurisdicción es la única vía para que las partes sometan sus pretensiones contrapuestas. Con respecto al segundo punto, cabe advertir, por un lado, que el rechazo deviene quizás por una aplicación vertical de derecho, es decir, si una pensión de alimentos fue declarada en una conciliación, la modificación será única y exclusivamente en vía administrativa. La cuestión es que, al menos

en este supuesto, no todas las cosas se deshacen como se hacen en tanto en cuanto si no hay consentimiento no hay acuerdos. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, en una interpretación del ya derogado y referido art. 296 del Cód. Civil, dijo que debe alegarse un cambio de circunstancias y *no intentar una acción nueva* pero idéntica a la anterior (54), es decir, no tiene lugar promover una pretensión nueva de pago de alimentos cuando la obligación ya fue conformada en la conciliación.

Veamos otro ejemplo, en la Sentencia 177-2020 dictada por el Juzgado Quinto Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las ocho de la mañana, el cinco de mayo de dos mil veinte, en el asunto número 004855-ORM5-2019-FM, en cuyo proceso se tramitó como pretensión el pago de una pensión alimenticia. Antes bien, las partes en este proceso, en una conciliación en el Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia, acordaron, con respecto a su hijo, el pago de pensión de alimentos, con una cuantía de dos mil córdobas mensuales (C\$ 2,000.00) y el régimen de comunicación y visitas. Así pues, la parte actora solicitó la condena al pago, primeramente, de dos mil córdobas (C\$ 2,000.00) mensuales, en concepto de pensión alimenticia, en segundo instancia, del cincuenta por ciento (50%) de los gastos extraordinarios, como los gastos médicos y los gastos escolares, así como también el vestuario cada seis meses por un valor de un mil quinientos córdobas (C\$ 1,500.00), y finalmente, de veinticuatro mil córdobas (C\$ 24,000.00), en concepto de pensión alimenticia atrasada, en tanto en cuanto la parte demanda no cumplió con las estipulaciones concertadas en la conciliación. Sin embargo, el juez de la causa mandó a subsanar, toda vez que la pretensión era ambigua, es decir, no estaba claro si era una pretensión de pago de pensión alimenticia o una pretensión de modificación de los pactos celebrados en la conciliación, según resolución judicial dictada por la misma autoridad judicial, el nueve de julio de dos mil diecinueve, a las once y cincuenta y un minutos de la mañana. La parte actora subsanó y aclaró como pretensión el pago de una pensión alimenticia y, dentro de

sus medios de prueba documentales, presentó la certificación del acta de acuerdos en conciliación. El proceso siguió su curso, se emplazó a la parte demandada y no contestó, se convocó a audiencia inicial y de vista, y ambas se celebraron conforme a sus finalidades, hasta la sentencia. La autoridad judicial en la sentencia estimó, de conformidad al art. 306 del Código de Familia, las pretensiones de la parte actora.

Del análisis de la sentencia en cuestión se desprende que la parte actora erradamente tenía como pretensión el pago de la pensión de alimentos cuyos fundamentos estribaron, por un lado, en la insatisfacción de la pensión alimenticia fijada en la conciliación, es decir, no incluía los gastos extraordinarios, por otro lado, en el incumplimiento de los compromisos adoptados en la conciliación. Desde el punto de vista procesal, los dos fundamentos antes aludidos daban lugar a dos procesos distintos, en otras palabras, un proceso declarativo en el que la pretensión sería la modificación de los acuerdos celebrados en la conciliación para incluir los gastos extraordinarios y un proceso ejecutivo para hacer cumplir las estipulaciones convenidas en la conciliación.

La tramitación de cada uno de estos procesos responde a una regulación jurídica distinta. La potestad jurisdiccional, entendida como poder y autoridad que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y de procedimiento que estas establezcan para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (55), aparece configurada, en la Constitución política, en el art. 159, párrafo segundo (56), así como también en la ley 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, en el art. 3° (57). La potestad de las autoridades jurisdiccionales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en tu-

(55) Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico, 1ª ed., <https://dpej.rae.es/>, consultado el 28 de septiembre de 2020.

(56) Artículo 159, párrafo segundo, Cn: “Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial”.

(57) Artículo 3 LOPJ: “La función jurisdiccional es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley. Exclusivamente corresponde al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado”.

(54) MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, “Jurisprudencia civil nicaragüense”, Imprenta nacional, Managua, 1970, (t. 1), pp. 49.

telar y hacer efectivo lo tutelado, va ligada a los dos procesos en referencia. En consonancia con ello, el Código de Familia establece que la interpretación y aplicación (58) de sus disposiciones se harán conforme a la ley suprema de nuestro Estado y que sus asuntos serán conocidos por la autoridad judicial conforme al criterio de jurisdicción establecido en la Norma Suprema (59).

Por tanto, la técnica procesal nos indica que no se pueden mezclar ambos procesos. Así las cosas, un proceso declarativo cuya pretensión radique en la modificación de los pactos instituidos en la conciliación debe tramitarse conforme a las disposiciones que van desde el art. 501 hasta el art. 544 del Código de Familia y un proceso ejecutivo en el que la finalidad responde en hacer cumplir coactivamente la obligación del deudor alimentario contenida en el título ejecutivo debe seguir el cauce de la ejecución de las resoluciones judiciales, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 555 y ss., del mismo cuerpo normativo. Baste como muestra el auto dictado por el Juzgado Décimo Primero Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y un minutos de la tarde, el dieciséis de marzo de dos mil dieciocho, en el asunto número 002085-ORM5-2018-FM, en el que, se inadmitió una demanda de modificación de los compromisos asumidos en una conciliación, puesto que, la parte actora alegó en la fundamentación fáctica, por un lado, que el alimentante no había cumplido con los acuerdos alcanzados en la conciliación y, por otro lado, que había tenido un aumento significativo de sus ingresos económicos, por lo cual, la autoridad judicial consideró que la parte actora tenía

como pretensión la ejecución del título ejecutivo.

También hay que hacer una pequeña acotación sobre la consideración de la certificación de acta de acuerdos en la conciliación como medio de prueba documental. Las estipulaciones fijadas y, por ende, contenidas en la certificación antes mencionada tienen fuerza ejecutiva, de conformidad a los ya referenciados arts. 434 y 578, último párrafo, del Código de Familia. Por ello, la certificación antes señalada es el título ejecutivo, es el documento al que la ley confiere ejecutividad y, por tanto, el presupuesto procesal de iniciación del proceso de ejecución. Con este planteamiento, es prudente sugerir entonces que de mantenerse la consideración de que ante la existencia de una certificación como la antes descrita pueda tramitarse un proceso, cuya pretensión consista en el pago de una prestación alimentaria, y culmine con una sentencia favorable conllevaría precisamente a la inseguridad jurídica, dado que, los dos instrumentos, la certificación en referencia y la sentencia dictada tienen fuerza ejecutiva, una proyección jurídica indubitable. Por tanto, no puede tramitarse un proceso en el que el medio probatorio sea una certificación como la antes señalada porque acarrearía, como ya dijimos, inseguridad jurídica y una contradicción en cuanto al establecimiento de las obligaciones legales.

Con todo, las autoridades judiciales en las sentencias objeto de estudio no tuvieron en cuenta la cláusula *rebus*. Pero, como se afirmó arriba, la disposición del ya transcrito art. 583 es un reflejo de la cláusula *rebus*. Con ello, indiscutiblemente, el convenio suscrito en una conciliación puede ser revisado ante el órgano jurisdiccional o, mejor dicho, la posibilidad de modificar el convenio establecido en la conciliación entre las partes en cuestión, si existiesen circunstancias sobrevenidas, ante una autoridad jurisdiccional.

IV. Conclusiones

La cláusula *rebus sic stantibus* surge de una idea del derecho romano y se desarrolla en la época medieval consistente en la posibilidad de revisar los contratos de tracto sucesivo y de larga duración, si mutan las condiciones existentes en el momento de su constitución, con la finali-

(58) Artículo 7 CF: Criterios de interpretación y aplicación. “La interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código se hará de conformidad a la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales vigentes en el Estado de Nicaragua y los principios rectores del mismo Código”.

(59) Artículo 426 CF: Jurisdicción especializada. “Los asuntos de familia y personas que regula este Código, serán conocidos por la autoridad judicial, conforme al criterio de jurisdicción establecido en la Constitución Política de la República de Nicaragua y el presente Libro; sin menoscabo de las competencias que asistan en sede administrativa y notarial, cuando la Ley, expresamente, así lo determine”.

dad de restablecer el equilibrio las prestaciones contractuales.

La cláusula *rebus* no se encuentra como una regla aplicable con carácter general de revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, sino que en todo contrato de tracto sucesivo y de larga duración lleva tácita o implícitamente una cláusula sobreentendida.

La cláusula *rebus*, a pesar de su ausencia en la codificación, ha estado presente, con altibajos, en dependencia de las condiciones del contexto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con un criterio excepcional y riguroso de aplicación.

La cláusula *rebus*, por los tiempos que corren y por las circunstancias actuales, ha entrado en una fase flexibilizadora del criterio excepcional y riguroso de aplicación para atemperar la dureza del principio de irrevocabilidad de los contratos, *pacta sunt servanda*.

La cláusula *rebus*, de manera general, encuentra reconocimiento y amparo en el art. 2480 del Cód. Civil, en tanto en cuanto, en él, se dispone como principio elemental de adecuación del contenido del contrato a las circunstancias sobrevenidas en razón de la equidad, del uso o de la ley.

La cláusula *rebus* no tiene un fin propiamente civilista, sino que es aplicable a otras materias, como en el derecho de familia, y, por tanto, no tiene un alcance limitado al ámbito contractual, sino que irradia de forma particular sobre los negocios jurídicos familiares.

El convenio suscrito en la conciliación es un negocio jurídico bilateral familiar, con un carácter mixto, de orden privado y público, por la intervención de los particulares y de una autoridad pública, con la función de facilitar a estos sujetos un instrumento en el que exterioricen sus voluntades y, con la finalidad, a partir del consentimiento, de constituir y regular las obligaciones legales correspondientes.

Los acuerdos en la conciliación constituyen y regulan los asuntos de cuidado y crianza, de la pensión alimenticia, del régimen de comunicación y visitas, del uso y habitación, los cuales,

por la contingencia de las relaciones familiares, comportan mutabilidad y, por ende, los efectos cambian las condiciones dadas inicialmente y quiebran el equilibrio de las prestaciones.

La cláusula *rebus* permite nivelar la desproporción de las prestaciones generada por la alteración de las primitivas condiciones cuyo fundamento se encuentra en el art. 583, último párrafo, del Código de Familia, aunque, por ser incompleta deja ciertos vacíos, que dan lugar a interpretaciones ambiguas, como la imposibilidad de modificar los acuerdos alcanzados en la conciliación, en sede jurisdiccional, así como también, la imprecisión sobre cuáles son los asuntos objeto de modificación, y por último, la indeterminación en relación a cuáles son los supuestos en que se considere que existen circunstancias sobrevenidas.

Los asuntos objeto de modificación deben atenderse *a contrario sensu*, conforme al art. 562 del Código de Familia, es decir, los asuntos relacionados con el cuidado, crianza, alimentos, régimen de comunicación, visitas y todos los conflictos que puedan derivar de las relaciones padre, madre, hijas o hijos.

El objeto de la modificación son aquellas estipulaciones que involucren prestaciones de tracto sucesivo y de larga duración, como la pensión de alimentos o el uso y habitación, aunque también el cuidado y crianza y régimen de comunicación y visitas puedan ser objeto de modificación.

En específico, el art. 332 del Código de Familia provee cuatro supuestos que pueden dar lugar a la modificación de los acuerdos celebrados en la conciliación, aunque, ciertamente, los supuestos pueden ser de variada índole.

La imposibilidad de modificar las estipulaciones acordadas en la conciliación, por alteración de las circunstancias sobrevenidas, ante el órgano jurisdiccional, supone una violación a la tutela judicial efectiva del art. 34 de la Constitución y los principios rectores y los criterios de interpretación y aplicación de los arts. 2° y 7° del Código de Familia.

Consideramos, por tanto, que es posible modificar los pactos establecidos en la conciliación ante la autoridad judicial en tanto en cuanto, por

un lado, la conciliación en sí misma descansa en la autonomía de la voluntad, de tal suerte que, si no hay voluntad de las partes, no hay acuerdos y, por ende, no se llevará a cabo el nuevo trámite conciliatorio ante el órgano no jurisdiccional y, por otro lado, los dos últimos supuestos de la cesación en la obligación de dar alimentos del art. 332 del cuerpo normativo antes referido deben ser declarados por sentencia ante la autoridad jurisdiccional.

V. Referencias bibliográficas

V.1. Fuentes legales

Código Civil de la República de Nicaragua, promulgado por decreto de 1 de febrero de 1904, en el Diario Oficial número 2148, el 5 de febrero de 1904.

Código de Familia, ley 870, aprobada el 24 de junio de 2014, publicada en La Gaceta, Diario Oficial 190 del 8 de octubre de 2014.

Constitución Política de la República de Nicaragua, aprobada el 19 de noviembre de 1986, publicada en La Gaceta, Diario Oficial 05 del 09 de enero de 1987.

Ley de Alimentos, ley 143, aprobada el 22 de enero de 1992, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N.º 57 del 24 de marzo de 1992.

Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, ley 737, aprobada el 19 de octubre de 2010, publicada en La Gaceta, Diario Oficial. 213 y 214, del 8 y 9 de noviembre de 2010.

Ley de Contrataciones Administrativas Municipales, ley 801, aprobada el 5 de julio de 2012, publicada en La Gaceta, Diario Oficial 192 del 9 de octubre de 2012.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua, ley 260, aprobada el 7 julio 1998, publicada en La Gaceta 137 del 23 julio 1998.

Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF). Resolución CD-SIBOIF-1181-1-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020. Norma para el otorgamiento de condiciones crediticias temporales.

Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF). Resolución CD-SIBOIF-1181-2-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020. Norma temporal de reforma al art. 15 de la Norma para las Operaciones de Tarjetas de Crédito.

V.2. Fuentes jurisprudenciales

STS de 15 de marzo de 1994 (RJA 1994/1743). <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-209-94-ts-sala-civil-sec-1-rec-643-1991-15-03-1994-47533858>.

STS de 27 mayo de 2002 (RJA 2002/4573). <https://supremo.vlex.es/vid/incremento-tar-danza-ba-s-117-15040045>.

STS de 25 enero de 2007 (RJA 2007/592). <https://supremo.vlex.es/vid/cosecha-aceituna-rendimientos-industriales-pa-26668924>.

STS de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819). <https://supremo.vlex.es/vid/compraventa-vi-enda-rebus-sic-stantibus-iva-429311886>.

STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017/447). <https://supremo.vlex.es/vid/690747793>.

Sentencia 85, dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el veintidós de agosto de dos mil dos.

Sentencia 308, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el treinta de agosto de dos mil dieciséis.

Sentencia 37, dictada por la Sala de lo Laboral del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, el veintiocho de febrero de dos mil dos.

Sentencia 040, dictada por la Sala Civil Número Uno y Familia por Ministerio de Ley del Tribunal de Apelaciones de Managua, a las nueve y diez minutos de la mañana, el once de marzo de dos mil diecinueve.

Sentencia 256 dictada por el Juzgado Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve y veintinueve minutos de la mañana, el dieciséis de octubre de dos mil diecinueve.

Sentencia 76 dictada por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y cincuenta y seis minutos de la mañana, el veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

Sentencia 177-2020 dictada por el Juzgado Quinto Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las ocho de la mañana, el cinco de mayo de dos mil veinte.

Auto dictado por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve de la mañana, el treinta de julio de dos mil diecinueve

Auto dictado por el Juzgado Décimo Primero Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y un minuto de la tarde, el dieciséis de marzo de dos mil dieciocho.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA

Orden de inscribir la sentencia dictada por un Tribunal de la República de Argelia que otorga la *kafala* definitiva de una niña. Aplicación de las reglas de la tutela. Religión. Respeto a la autonomía progresiva de la niña.

Con nota de Luciana B. Scotti, Mariana Antón Pérez y Leandro Baltar

1. — Corresponde hacer lugar a la inscripción de la sentencia extranjera dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia, por la cual se otorga la *kafala* definitiva de una niña al peticionante, pues resulta la respuesta adecuada para la satisfacción del interés superior de la niña y, también, del interés familiar que debe preservarse.
2. — En principio, la *kafala* no es contraria a los principios de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien dicho instituto no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico, es preciso destacar que su finalidad es la protección de la niñez desamparada. Desde esta perspectiva, considero adecuada la pretensión de los peticionantes de aplicar las reglas de la tutela de nuestro derecho interno (arts. 104, 105 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).
3. — Frente a las características particulares que presenta el instituto a estudio (*kafala*) en tanto implica cierta dificultad de separación fáctica entre creencia práctica religiosa e identidad cultural musulmana, entiendo que corresponde respetar la autonomía progresiva de la niña, imponiéndole al peticionante el deber de guiar a la niña, de acuerdo con sus propias convicciones y en línea al culto que profesan, pero, de modo alguno pueden imponer ni cercenar ninguno de sus derechos.

JNCiv. Nro. 25, 25/09/2020. - S., A. M. y otro s/*exequatur* y reconocimiento de sentencia extr.

[Cita on line: AR/JUR/52454/2020]

98030/2019

1ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 25 de 2020.

Considerando:

I. A fs. 49/52 se presenta la Sra. A. M. S. y el Sr. A. H. solicitando el reconocimiento judicial de la sentencia extranjera, recaída en la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia, en la que con fecha 17 de julio de 2019 se otorgó la *kafala* definitiva respecto de la niña N. H. Explican que si bien el instituto en cuestión no es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitan el reconocimiento de la mentada sentencia, conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial. Refieren que contrajeron matrimonio el día 19 de diciembre de 2001 y que frente a la imposibilidad de concebir un hijo decidieron comenzar los trámites necesarios a fin de realizar una *kafala* en Argelia, país de origen del Sr. A. Aclaran que transcurridos dos años —en 2017—, desde la Embajada de dicho país, les informaron sobre una niña en situación de “*kafala*”, requiriéndoles la necesidad de viajar a la ciudad de Meskiana para iniciar el proceso judicial y administrativo correspondiente. Agregan que una vez cumplido todos los trámites, el 8 de octubre de 2019, retornaron a la Ciudad de Buenos Aires junto a la niña, N. H. (nacida el 22 de julio de 2018, conf. documentación obrante a fs. 7/10) con quien conviven y comparten desde entonces su vida.

Posteriormente, con fecha 27 de febrero la Sra. Defensora de Menores entrevistó en forma personal a los peticionantes, oportunidad en la que el Sr. H. explicó que resulta ser argelino nativo, que llegó a nuestro país a los 26 años de edad, afincándose aquí por lo que decidió nacionalizarse. Ambos manifestaron que durante su matrimonio, tuvieron como proyecto la adopción y que tras nueve años de espera (estando inscriptos en el RUAGA), sin ser convocados, pensaron en la opción de la “*kafala*”, pues se encontraban conectados cultural y afectivamente con el mundo musulmán. Explicaron que como la niña no contaba con apellido, el Sr. H., a través de un trámite ante el Ministerio de Justicia argelino le “donó” su apellido, por eso figura así en los documentos. Agregan que es su deseo que cuando la niña adquiera la mayoría de edad, quede protegida patrimonialmente, por eso estudiarán la forma de que sus bienes pasen a ella. Sostienen que su preocupación principal en la actualidad es lo relativo a la cobertura de salud, explicando que si bien la Sra. S. cuenta con Accord Salud por su empleo en la SENNAF, se encuentra imposibilitada de afiliarla habida cuenta que no la tiene a su cargo. También les preocupa su condición migratoria, ya que deben iniciar en lo inmediato los trámites de residencia para regularizar su situación.

II. El juicio de exequatur posibilita el ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional a cuya revisión se somete una sentencia extranjera a fin de obtener su reconocimiento, o sea que se pretende una declaración sobre su eficacia para equipararla —en cuanto a sus efectos— a una sentencia nacional.

Tal revisión no implica una valoración de los “justos motivos” tenidos en cuenta para dictar la sentencia que se pretende reconocer, sino que importa la observancia de ciertos requisitos específicamente establecidos en el art. 517 del Código Procesal, a los que necesariamente debe ajustarse la sentencia extranjera.

El objeto del procedimiento de exequatur no es la relación sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer, sino la decisión o fallo extranjero como tal a través de un examen de índole procesal tendiente a verificar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en el país. Hay tres aspectos que son materia de la declaración que emite el órgano jurisdiccional tratándose de la aplicación de una sentencia extranjera: a) autenticidad; b) legalidad del proceso; c) orden público internacional (conf. CN-Civ., Sala D, 13/08/1992, “S. c. A.”; idem, CNCiv., Sala G, 21/03/1989, “M. A. A. E. e Y. S. G. s/ exequátur”).

III. La documentación agregada a fs. 3/6 (sentencia), como así también las complementarias obrantes a fs. 7/10 (partida de nacimiento), fs. 11/12 y fs. 13/16 (acta de entrega administrativa) y fs. 18 (donación de apellido) cuentan con las legalizaciones consulares correspondientes, por lo que pueden tenerse como auténticas. De igual modo, tanto los hechos que revelan, especialmente la intervención de la autoridad administrativa local para la situación de la niña y el desconocimiento de vínculos filiatorios, como la afirmación del cumplimiento de los recaudos legales internos de fondo y forma permiten sostener que el procedimiento extranjero ha sido legal.

En cuanto a la cuestión relativa al orden público, cabe señalar que se hace en principio visible a través de la Convención Nacional sobre los Derechos del Niño (CDN), del año 1989 a la que Argentina adhiere en el año 1990 y que desde 1994 adquiere jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) donde reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, creando un punto de inflexión respecto de la concepción de la infancia y su relación con el Estado, debiendo este ser garante de los derechos humanos de los niños. En su art. 20 “...Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia

de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

Bajo estos preceptos, puedo adelantar que —en principio— la “kafala” no es contraria a los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

IV. Si bien no desconozco que dicho instituto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso destacar que su finalidad es la protección de la niñez desamparada.

La “kafala” se erige como la institución de mayor protección para los menores en el mundo musulmán ya que al no ser posible crear relaciones jurídicas que no tengan carácter biológico, a través de ella se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado. Dicha figura se constituye cuando una persona (kafil), quien debe profesar el Islam, se hace cargo voluntariamente de las necesidades de un niño que fue privado de su familia (makful) y se comprometa a educarlo en la religión musulmana.

El principal objetivo de Esta figura es ofrecer al menor abandonado o huérfano un entorno familiar donde pueda desarrollarse como persona y sea protegido por adultos responsables y afectuosos, en definitiva consiste en la búsqueda del bienestar de la infancia.

V. Bajo estos preceptos, es preciso evaluar y asegurarse que la validez y ejecutoriedad pretendida satisface el interés superior de la niña.

Al respeto se ha sostenido “el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud del cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares inevitables, por cierto—, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño sea la máxima satisfacción de los derechos posibles —en el caso concreto—, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete” (Solari, Néstor: “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema, DFyP 2010 (septiembre), 01/09/2010, 24. AR/DOC/5604/2010).

En este aspecto, los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal señalan que “...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías

en la entrega de menores en estado de adoptabilidad” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2015-05-27, M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015).

Ello así, este interés superior debe manifestarse específicamente en el logro de la mayor cantidad de derechos y por otro lado en la menor restricción de ellos, analizándose a tales efectos cómo los derechos y los intereses del niño se ven o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se tomen en relación a su persona o, en su caso, por la omisión de su dictado.

La legislación vigente en nuestro país, en el art. 2640, al tratar los institutos de protección establece “... otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.”

La disposición no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en el extranjero. Para ello, se recurre al llamado “método de reconocimiento”, entendido como aquel que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que esta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de exequatur... En consecuencia, se evita el trámite previsto en el art. 517 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Esta posibilidad obedece principalmente a la consideración del derecho a la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental, en concordancia con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, dentro del límite fijado estrictamente en referencia a los derechos fundamentales del niño —que resulta mucho más reducido del que propone la confrontación con el orden público internacional—, se admite la inserción de instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes respetando sus particularidades, tal como el caso de la Kafala (mediante la cual se adquiere voluntariamente un compromiso de cuidado, educación en la fe musulmana y protección similar a la de padre e hijo aunque sin alterar los vínculos biológicos). La inserción de estos institutos resulta sumamente respetuosa del derecho a la identidad de los sujetos protegidos puesto que no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en el extranjero a las propias del foro. (“Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado”, Marisa Herrera-Gustavo Caramelo-Sebastián Picasso, Primera Edición, diciembre 2015, Tomo VI, p. 403).

En este sentido, haciendo uso de la técnica proporcionada por el Derecho Internacional Privado deno-

minada “ajuste” o “adaptación”, se busca brindar una regulación armoniosa y coherente. Ello “...supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías, que aún cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar equivalente respecto de las mismas instituciones...” (Fernández Rozas, José C. “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado N° 25, 2009, p. 15).

Desde esta perspectiva, considero adecuada la pretensión de los peticionantes de aplicar las reglas de la tutela de nuestro derecho interno (art. 104, 105 y cons. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El art. 104 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, establece que la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

De tal manera, se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo respecto de la responsabilidad parental de modo tal que debe respetarse a) el interés superior del niño; b) su autonomía progresiva conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, disminuyendo la representación en la medida que aumenta la autonomía, y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

VI. En otro aspecto, sin lugar a dudas el tema de la religión, tal como lo expone la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su dictamen, es un punto medular en la especie, por lo que corresponde formular ciertas consideraciones.

La sentencia en cuestión obliga al kafil a “...educar a la niña según la religión musulmana...”

En este sentido, pasar por alto el tema religioso, importaría eludir o prorrogar aún más un abordaje que resulta esencial.

Nuestro derecho positivo no autoriza a los poderes públicos a operar con una mentalidad de superficie, avalando a ciegas lo que los padres ejecuten con relación a sus hijos sin que estos tengan el debido conocimiento e intervención (Mizrahi, Mauricio L., op. cit., p. 259).

El art. 12 inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que los padres tienen derecho a que sus hi-

jos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin embargo, dicho precepto no puede ser interpretado en forma aislada sino a la luz de la Convención de los Derechos del niño, en primer lugar; y de la ley 26.061 y el Cód. Civ. y Comercial en segundo. En el art. 14 incs. 1 y 2 de la CDN los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, los padres tendrán el derecho y el deber de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. “De ninguna manera podrán aquellos decidir que reciba compulsivamente credo. El derecho de los padres, por ende, es guiar, pero no imponer. La CDN no autoriza a los padres a imponer creencias a ninguna edad del niño” (Mizrahi, op. cit., p. 285).

La Ley 26.061 reconoce al niño el derecho a tener sus propias creencias y culto religioso (art. 19 in a) y el deber de los padres de respetar las garantías que asisten a los hijos (arts. 3, 7, 10, 15, 19), y determina el criterio de la capacidad progresiva.

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. (art. 7 ley 26.061). Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. (art. 10 ley 26.061). Tienen derecho a la libertad, derecho que comprende, entre otros: tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos, pero con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico; tienen además derecho a poder expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela. (art. 19 ley 26.061).

En este orden se ha expedido la Cámara Civil y Comercial de La Plata “ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo de su hijo, debiendo ser su preocupación fundamental atender el interés superior del niño (art. 12, Pacto de San José de Costa Rica; 14, 18, CDN). No se trata en el caso de dejar librado a la voluntad de J. —de 4 años de edad— que es lo conveniente para su vida, sino, simplemente de fijar como límite de las decisiones de los adultos que tienen a cargo su crianza, respetar el interés superior de quien también tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a la educación, al juego y a una vida social acorde a su edad (art. 14, 27, 28, 29 CDN, art. 75 in 23, CN; 36 inc. 2; CP)...”

Por ello, frente a las características particulares que presenta el instituto a estudio (kafala) en tanto implica cierta dificultad de separación fáctica entre creencia práctica religiosa e identidad cultural musulmana, entiendo que corresponde respetar la autonomía progresiva de la niña, imponiéndole al Sr. A. H. el deber de guiar a N. H., de acuerdo a sus propias convicciones y en línea al culto que profesan, pero, de modo alguno pueden imponerla ni cercenarle ninguno de sus derechos.

VII. Los principios expuestos y la doctrina citada, me permiten concluir que el reconocimiento de la sentencia extranjera resulta la respuesta adecuada para la satisfacción del interés superior de la niña de autos y, también, del interés familiar que debe preservarse.

Recuérdense en tal sentido las palabras de Bidart Campos, para quien “en correspondencia con pactos internacionales, actualmente con rango constitucional, art. 75, inc. 2° de la reforma constitucional de 1994 (...) el juzgador no ha de perder de vista el fin último de la tarea a desempeñar, el mandato de impartir justicia en la que no ha de estar ausente una correcta evaluación de la situación fáctica que le viene a juzgamiento y las consecuencias que han de derivar del fallo que se dicta. (...) por encima de la ley está la Constitución, y desde nuestra reforma constitucional de 1994, también al lado de la Constitución y con su misma jerarquía los instrumentos internacionales revestidos de ese nivel supremo por el art. 75 inc. 22. Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño”. (...) ¿Qué hacer con un parámetro normativo que desde la cúspide del derecho interno argentino nos dice (...) hemos de cuidar primordialmente el interés superior del niño? ¿Suponer acaso que carece de aplicabilidad directa? ¿Y si ese parámetro tropieza con una ley que establece una prohibición, y el tribunal que tiene que aplicarla comprende que, en las circunstancias concretas de la causa, aplicar la prohibición legal conspira contra el interés superior del niño o no lo favorece? Pues debe hacer lo que en este caso hizo: preferir la norma superior y no aplicar la inferior. Es el abecé del derecho constitucional...” (Bidart Campos, Germán, Tratado de Derecho Constitucional, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2000).

Entiendo que el reconocimiento de la sentencia extranjera solicitada resulta beneficiosa para el grupo familiar y, repito, convalida un vínculo fáctico ya existente.

En consecuencia, y de conformidad con los extensos fundamentos vertidos por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces el 3 de marzo del corriente, a los que “brevitatis causae” me remito, lo dictaminado

por el Sr. Fiscal el 1° de septiembre y oído que fue el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, resuelvo: I. Hacer lugar a la inscripción de la sentencia extranjera dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia, el 17 de julio de 2019 por la cual se otorga la kafala definitiva respecto de la niña N. H. al Sr. A. H. Dicha inscripción deberá realizarse conjuntamente con la del nacimiento de la nombrada ocurrido el 22 de julio de 2018 en Meskiana. II. A los fines indicados, líbrese oficio al Registro del Esta-

do Civil y Capacidad de las Personas, al que deberá adjuntarse la documentación obrante en autos. III. Designar al Sr. A. H. Pasaporte N° - y la Sra. A. M. S. DNI ..., tutores de la niña N. H. Pasaporte N° ..., nacida el día 22 de julio de 2018. Hágase saber a los tutores designados que deberán comparecer por ante este Tribunal a aceptar el cargo, el que le será discernido “apud acta” 3) Firme la presente y aceptado el cargo, dese intervención al Registro de Incapaces. Fecho, expídase testimonio. IV. Notifíquese, y a los Ministerios Públicos en sus despachos. — *Lucas C. Aon.*

El reconocimiento en Argentina de la *kafala* islámica: la multiculturalidad y el derecho internacional privado

Luciana B. Scotti (*)

Mariana Antón Pérez (**)

Leandro Baltar (***)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos del caso.— III. Aspectos del DIPr comprendidos en la sentencia.— IV. Palabras finales.— V. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

El fenómeno cultural, y su respeto, constituye uno de los principales desafíos que se origina como consecuencia de la internacionalidad de las relaciones jurídicas. Es allí cuando la función del derecho internacional privado (en adelante, DIPr) adquiere un papel relevante buscando evitar que esta situación implique lesiones, máxime cuando la posible afectación del interés superior de todo niño, niña o adolescente está en debate. En este sentido, no pueden dejar de recordarse las palabras de Erik Jayme (1) quien

nos enseñara sobre el respeto a la identidad cultural como característica de la cultura posmoderna.

(*) Abogada (UBA). Magíster en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctoranda en Derecho Internacional (UBA). Profesora de Derecho Internacional Privado y docente de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA y UCASAL. Secretaria de Redacción de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Autora de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.

(**) Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (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. Directora de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*. Vicedirectora y miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

(***) Abogado. Magíster en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho - UBA). Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Coordinador de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.

(1) JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé” en *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995-II.

No debemos olvidar que el objeto de nuestra materia es garantizar la continuidad de la vida de las relaciones jurídicas sin que la internacionalidad las lacere. En palabras de Werner Goldschmidt: “El DIPr descansa sobre la tolerancia de lo extranjero al que se permite que viva entre nosotros según su propia manera de ser” (2). Como consecuencia de los desplazamientos, situación que se potenció en el último siglo, los países y las culturas comenzaron a mezclarse, a relacionarse entre sí de maneras más profundas y complejas. Las fronteras cedieron ante la invasión de nuevos modelos de vida, ante estructuras familiares típicas de sistemas jurídicos con una fuerte raigambre cultural y, en ocasiones, religiosa.

Cuando nos enfrentamos ante una institución jurídica reconocida en un derecho foráneo pero desconocida de conformidad con nuestra legislación nos debemos preguntar cómo proceder, situación que se torna más difícil cuando tampoco podemos encontrar disposiciones o procedimientos análogos.

Durante años, cuando se explicaba en las aulas o en trabajos de doctrina los diversos problemas acuñados por la naturaleza misma del DIPr se utilizó como ejemplo la posible invocación local de figuras tan extrañas como la *kafala*. Buscábamos razonar cómo proceder, cómo usar las herramientas legales existentes y, en su ausencia, cómo armonizar o adaptar en el mejor de los casos. Algunos consideraron estar ante supuestos lejanos, poco probables de ser planteados en nuestra región por la distancia (tanto geográfica como cultural) que guardamos con estos países. Pero nuestra materia se caracteriza por sorprender, incluso hasta cuando creemos que ya destelló todo su brillo.

En la sentencia que nos proponemos analizar se dan todos los elementos necesarios para indagar en un caso real, ya no en planteos hipotéticos o de laboratorio, cuáles son las respuestas que brinda nuestro DIPr. En efecto, por un lado, estamos ante una institución con elementos extranjeros relevantes y válidamente constituida de conformidad con el derecho extranjero. Por

el otro, esta institución culturalmente típica del derecho islámico no cuenta con su recepción en nuestro sistema jurídico. Entonces, cabe preguntamos: ¿cómo debe procederse cuando se invoque en Argentina la figura de la *kafala* islámica? El pluralismo metodológico, el respeto a la diversidad cultural que hoy es piedra fundamental de nuestro Código y una adecuada interpretación judicial permitieron una solución muy satisfactoria para este complejo caso de DIPr.

II. Los hechos del caso

La Sra. A. M. S. y el Sr. A. H. contrajeron matrimonio en diciembre de 2001. El proyecto de una familia los llevó a inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA). Encontrándose cultural y afectivamente conectados con el mundo musulmán, pues si bien el Sr. H. se nacionalizó, es nativo de Argelia, y tras años de espera sin ser convocados, recurrieron como otra opción al instituto de la *kafala*.

Luego de dos años de haber realizado los trámites necesarios a fin de realizarla en Argelia, desde la embajada de dicho país les informaron sobre una niña en situación de *kafala*, requiriéndoles la necesidad de viajar a la ciudad de Meskiana para iniciar el proceso judicial y administrativo correspondiente.

Una vez cumplido el trámite, en octubre de 2019 regresaron a nuestro país junto a la niña y se presentaron ante la justicia argentina solicitando el reconocimiento judicial de la sentencia dictada por la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia con fecha 17 de julio de 2019, en la que la autoridad extranjera les otorgó la *kafala* definitiva respecto de la niña N. H. En su pedido, explicaban que, si bien el instituto en cuestión no es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, solicitaban el reconocimiento conforme los alcances previstos por el instituto de la tutela judicial.

En la entrevista ante la Sra. Defensora de Menores, el Sr. H. manifestó que como la niña no contaba con apellido, le “donó” su apellido a través de un trámite ante el Ministerio de Justicia argelino. A ello agregó que su deseo era que

(2) GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, 7ª edición, pág. XXII.

la niña quedase protegida patrimonialmente cuando adquiriese la mayoría de edad. Sostuvieron que su inquietud principal en la actualidad era lo relativo a la cobertura de salud. También les preocupaba su condición migratoria, ya que debían iniciar en lo inmediato los trámites de residencia para regularizar su situación.

En su fallo, el juez argentino hizo lugar al pedido de reconocimiento de la sentencia, designándolos como tutores de la niña N. H., y ordenando su inscripción juntamente con la del nacimiento.

Para arribar a dicha decisión se consideraron varios argumentos. Invocando la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y el deber de garantizar los “derechos humanos de los niños” Argentina se comprometió, de conformidad al art. 20, a la protección y asistencia de todo niño o niña, entre los cuales se enumera la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Bajo estos preceptos, el magistrado pudo concluir “que —en principio— la *kafala* no es contraria a los principios de nuestro ordenamiento jurídico”.

Otro problema que el magistrado debió afrontar se centró en la *kafala* como institución desconocida desde la mirada de nuestro sistema jurídico. Destaca que su naturaleza radica en brindar “una protección para los menores en el mundo musulmán por medio de la cual se asume el compromiso de proteger, educar y mantener a un menor desamparado”. Aclarado ese punto, el juez se propone evaluar si la sentencia que se pretende reconocer y ejecutar satisface el interés superior de la niña.

Detectando la existencia del “método de reconocimiento” receptado en el art. 2640 del Cód. Civ. y Com., menciona que su finalidad “no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en el extranjero”. En consecuencia, acertadamente destaca que se evita el trámite previsto en el art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com. pues obedece principalmente a la consideración del derecho a la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental.

De esta manera es que arriba a la decisión de admitir la inserción de instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes respetando sus particularidades siendo ello sumamente respetuoso del derecho a la identidad. Entonces, recurre a la “técnica proporcionada por el derecho internacional privado denominada 'ajuste' o 'adaptación'” por la cual se busca brindar una regulación armoniosa y coherente y llega a concluir como adecuada la pretensión de los peticionantes de aplicar las reglas de la tutela conforme las disposiciones de nuestro derecho. En palabras del juez: “Los principios expuestos y la doctrina citada, me permiten concluir que el reconocimiento de la sentencia extranjera resulta la respuesta adecuada para la satisfacción del interés superior de la niña de autos y, también, del interés familiar que debe preservarse”.

III. Aspectos del DIPr comprendidos en la sentencia

Varias son las incidencias del derecho internacional privado en el caso que nos ocupa. Seguidamente, nos ocuparemos de las principales.

Sin embargo, ante de ello, consideramos necesario aclarar en pocas líneas de qué estamos hablando, cuando aludimos a una *kafala*.

La mayoría de los derechos occidentales consagran la institución de la adopción como mecanismo de protección de los niños y en su resguardo, intervendrán los poderes públicos, en general el poder judicial, y se revestirá al acto de una serie de formalidades y procedimientos, tras los cuales el adoptado adquirirá el estatus de hijo y tendrá los mismos derechos que los hijos biológicos.

En cambio, el Corán desconoce la institución de la adopción, reconociendo únicamente la filiación biológica (3). Sin embargo, para los niños abandonados o huérfanos existen la llamada *kafala*, mediante la cual el menor (*makfoul*) es recogido por un individuo, necesariamente varón (*kafil*) quien tiene el poder-deber de custodia por un periodo de tiempo

(3) Hace excepción, entre los países de cultura islámica, Túnez que a través de una ley del 4 de mayo de 1958 incorporó a su ordenamiento la adopción plena, a través de la cual el hijo adoptado adquiere los mismos derechos que el hijo biológico reconocido.

indeterminado y especialmente tiene la tarea de instruir al niño en la fe musulmana. No hay en esta institución vínculo filiatorio, ni siquiera representación legal del menor frente a terceros, no genera derechos hereditarios (4), ni disuelve los vínculos con la familia biológica.

Nos encontramos ante una institución especialmente compleja, multifuncional y de carácter religioso, que se configura como la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en esta cultura.

Podemos advertir, fácilmente, que, si bien adopción y *kafala* tienen una finalidad similar, la protección de niños, los medios para alcanzar tal objetivo son muy diversos, así como sus consecuencias jurídicas. De allí que no sean instituciones análogas, sino que su clara distinción se impone.

Sin embargo, de tal afirmación no corresponde concluir que los fines y efectos protectorios de una *kafala* no puedan ser reconocidos en países occidentales como el nuestro. Veamos.

III.1. El método de reconocimiento

En nuestros días, los desplazamientos internacionales de personas y grupos familiares se han incrementado exponencialmente. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos de los Estados involucrados suelen ser divergentes, máxime en una materia plenamente alcanzada por la diversidad cultural como el derecho de familia y niñez.

Por ende, tal como señala Baratta, dado que este fenómeno tiene una repercusión en el estado jurídico de las personas, es inevitable que ellas tengan un interés social: el mantenimiento de tales estados cuando cruzan fronteras (5).

En similar sentido, Amalia Uriondo de Martinoli sostiene que esta creciente movilización de

las personas suscita la necesidad de ofrecer mayor seguridad jurídica en materia de estado civil, y de suprimir los obstáculos para que una relación privada nacida en un Estado no se vea alterada por el solo hecho que ellas se muevan de un país a otro. Advierte que, “teniendo en cuenta las dispares tradiciones jurídicas, culturales y religiosas que entran en relación, una misma situación podría ser tratada de manera diferente y, eventualmente, dar lugar a relaciones claudicantes, esto es, consideradas válidas en el país de origen, pero no en el país del reconocimiento... La tendencia moderna en el derecho internacional privado es evitar estas relaciones claudicantes, a través de un principio general de reconocimiento en los otros Estados” (6).

En un contexto de pluralismo y renovación de métodos, en los últimos años se ha desarrollado el llamado método de reconocimiento.

Es importante anticipar que nos encontramos ante un método que se distingue tanto del método conflictual, característico del sector del derecho aplicable, así como del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras recaídas en procedimientos contenciosos.

En efecto, se ha sostenido con acierto que dicho método “resulta particularmente útil cuando de lo que se trata es de hacer valer situaciones creadas al amparo de otro sistema jurídico. Es decir, partiría de una distinción fundamental entre la ‘creación’ de las situaciones jurídicas —momento en el que la autoridad competente debiera aplicar la ley designada por su sistema de normas de conflicto— y el reconocimiento de situaciones ya creadas al amparo de un ordenamiento extranjero. En este segundo contexto, cambiaría el punto de referencia, puesto que de lo que se trataría es de determinar si el estatus jurídico creado en el extranjero puede ser aceptado en el foro de reconocimiento, independientemente de cuál haya sido la ley aplicada en el extranjero en el momento de haberse creado la situación” (7).

(4) No obstante, existe otra institución de Derecho sucesorio musulmán, llamada tanzil, a través de la cual una persona deviene beneficiaria de un legado. Es muy frecuente, recurrir al tanzil para equiparar, a los fines hereditarios, al makfoul a la categoría de hijo.

(5) BARATTA, Roberto, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, Recueil des Cours, 2011, t. 348, p. 463.

(6) URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia”, Córdoba, Ed. Lerner, 2017, p. 195.

(7) GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, “El método de reconocimiento desde la perspectiva del derecho interna-

Su característica tipificante consiste, entonces, en el abandono del método conflictual tradicional, según el cual el reconocimiento de una situación jurídica acontecida en el extranjero se supedita a su conformidad con la ley aplicable según las normas de conflicto del Estado donde se pretenda dicho reconocimiento.

Ahora bien, tampoco podemos confundir el tema que nos ocupa con el sector del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que han sido dictadas como resultado de procedimientos judiciales que preservan las garantías constitucionales del debido proceso y dirimen una cuestión controvertida entre dos partes en conflicto. El método de reconocimiento, en cambio, se emplea cuando existe otro tipo de acto proveniente de una autoridad foránea, y para cierto sector de la doctrina, incluso cuando no hubiera intervenido ninguna autoridad en la creación de una situación al amparo de un derecho extranjero.

Dado que su principal fundamento, más no el único, es garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, la discusión sobre el método del reconocimiento se ha planteado esencialmente en el marco del estatuto personal y familiar de las personas humanas, en ámbitos como el del derecho al nombre, el matrimonio y las uniones convivenciales, las adopciones, la *kafala* y la filiación obtenida mediante gestación por sustitución (8).

El método de reconocimiento puede ser recogido con un alcance general, o particular, en cuyo caso solo se lo regula en situaciones jurídicas puntuales.

Genéricamente, fue receptado en el art. 9° de la Ley de Derecho Internacional Privado de Países Bajos del 19 de mayo de 2011: “Cuando los efectos jurídicos de un hecho son atribuidos por un Estado extranjero interesado, de conformidad con la ley designada por su derecho internacional privado, esos mismos efectos

cional privado europeo y español”, AEDIPr, t. XVII, 2017, p. 380.

(8) GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, ob. cit., p. 382. Otro ámbito propicio para la utilización de este método es el del estatuto de las personas jurídicas, en relación con el reconocimiento de su personalidad jurídica.

pueden reconocerse en los Países Bajos, incluso como excepción a la ley aplicable en virtud del derecho internacional privado holandés, en la medida en que la negativa a reconocer tales efectos constituiría una violación inaceptable de la confianza de las partes o de la seguridad jurídica” (traducción propia).

En el particular espacio de la Unión Europea, la libertad de circulación y establecimiento conlleva la aplicación del método de reconocimiento en tanto sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Ahora bien, fuera de los casos donde se recepta con alcance general o en la UE, el método de reconocimiento tiene su campo de operaciones más fértil, como anticipamos, en el ámbito de las situaciones familiares internacionales. Se evidencia en estos supuestos una necesaria “portabilidad” del estatuto familiar de un Estado a otro (9).

En este sentido, Baratta admite que aún no existe una obligación o principio general de reconocimiento en el derecho internacional, pero que los mecanismos de reconocimiento tienen la flexibilidad necesaria para perseguir el objetivo de proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas, incluido el derecho a la vida privada y familiar, y el respeto por el interés superior del niño. Advierte que la aceptación o no de un determinado estatus jurídico establecido en el extranjero necesariamente afecta a la persona, a su personalidad e identidad, pudiendo vulnerar sus derechos a la vida personal y familiar (10).

En el derecho argentino, no encontramos una norma general que recepte el método de reconocimiento. Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina lo acogió en algunas disposiciones de la Parte Especial: en materia de filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (art. 2634, Cód. Civ. y Com.), de adopción internacional (art. 2637, Cód. Civ. y Com.) y de institu-

(9) JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales N° 35, 2018.

(10) BARATTA, Roberto, ob. cit., pp. 467-468.

tos de protección de niños (art. 2640, Cód. Civ. y Com.). En esta última disposición, corresponden de detenernos a la luz del fallo que analizamos.

En efecto, el artículo 2640 del Cód. Civ. y Com.), alude al reconocimiento de otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero. Dispone: “Tutela e institutos similares (...) Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”.

En relación con esta norma, Adriana Dreyzin de Klor manifiesta que la inserción de estas categorías procura respetar el derecho a la identidad de las personas, alcanzadas por situaciones contempladas en diversos ordenamientos en función de sus culturas (11).

Así, por ejemplo, un juez argentino deberá reconocer los efectos de un instituto como el acogimiento familiar, regulado entre otros por el derecho español. Se trata de una medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Este acogimiento puede ser temporal, mientras se produce la reinsertión en la familia de origen o para la adaptación previa a la convivencia con una familia adoptante, o bien permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así requieran.

En oportunidades anteriores, hicimos especial mención de la posible aplicación del art. 2640 ante la solicitud de reconocimiento de la llamada *kafala* islámica (12).

(11) DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El Derecho Internacional Privado Actual”, Buenos Aires Ed. Zavalía, 2017, tomo 2, p. 60

(12) SCOTTI, Luciana B. “El reconocimiento de situaciones familiares transfronterizas en el Derecho Internacional Privado argentino”, en Revista de la Facultad, Vol. XI, N.º 1, Nueva Serie II (2020), ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea), Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Córdoba, 2020, pp. 105-132.

Sin dudas, la complejidad de esta institución protectoria torna difícil su asimilación plena, con los institutos de los derechos occidentales. La doctrina española sostiene, al respecto: “Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen. Para ello se requerirá el análisis del caso concreto para, conforme a lo que establece el derecho de origen... poder fijar la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada, buscar la institución jurídica española que cumpla una función similar. Se operará entonces una equiparación ‘funcional’ a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca” (13).

Ahora bien, de acuerdo con la profesora Najurieta, “el legislador toma una opción en cuanto a la transposición de instituciones. En efecto, el reconocimiento puede limitarse a la existencia del instituto y a su validez, o comprender los efectos de la situación extranjera ‘cristalizada’ en clara referencia a los efectos propios del derecho extranjero de constitución. Tan delicado es este punto, que los autores más prestigiosos han propuesto distinguir los efectos inescindibles de la existencia, de los efectos futuros, es decir, aquellos que solo existirían virtualmente al tiempo de la inserción del instituto dado que necesitan de un derecho que les otorgue contenido a medida que se despliegan”. Al respecto, concluye que nuestra norma “decide la inserción respetando los efectos propios de la institución extranjera, sin deformaciones, al menos en los límites compatibles con el orden público internacional del foro” (14).

En esta inteligencia, el magistrado sostiene que “el reconocimiento de la sentencia extranjera solicitada (...) *convalida un vínculo fáctico ya existente*” (el destacado nos pertenece). Sin embargo, advierte que la decisión extranjera en

(13) DIAGO DIAGO, María del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), Vol. 2, N.º 1, pp. 140-164.

(14) NAJURIETA, María Susana, “Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en María Elsa Uzal y María Susana Najurieta (coords.), Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado, año 41, número 93, 2016, pp. 158-159.

cuestión obliga a *kafil* a “...educar a la niña según la religión musulmana...”. Ello es así pues es una obligación inherente a la institución, pero ese efecto ¿es compatible con los derechos fundamentales del niño?, en los términos del art. 2640 y 2600 Cód. Civ. y Com.)? Buscaremos una respuesta a este interrogante en el siguiente apartado.

III.2. El orden público internacional y el interés superior del niño

Previo a adentrarnos al interrogante planteado en el acápite anterior, es dable detenernos en un concepto para nada fácil de delimitar como lo es el orden público internacional (en adelante OPI) y la incidencia del interés superior del niño en él.

La doctrina lo ha definido como aquel que “...permite no aplicar una disposición de la ley extranjera elegida por la norma de conflicto cuando, en concreto, la solución material que da al caso ese derecho, confrontada con los principios de orden público del foro, conduciría a un resultado contrario a este”. “(...) Se identifica como un conjunto de principios que han de utilizarse para controlar la justicia de la solución de fondo del caso, a fin de corregir, de ser necesario, la solución material a la que conduce el juego de la aplicación de la norma de conflicto” (15).

De más está decir que la fuente convencional vigente recepta algunas disposiciones que abordan la temática del orden público internacional.

En el caso de los Tratados de Montevideo, en los arts. 4° de sus respectivos Protocolos adicionales se establece: “Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. A su vez, la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado en su art. 5° predica que “[l]a ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado

(15) UZAL, María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 147.

Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

A nivel interno, con la entrada en vigor de la Código Civil y Comercial se ha incorporado el art. 2600 que prevé: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

Va de suyo que el OPI opera como límite no solo para la aplicación del derecho extranjero a nivel local, sino también para el reconocimiento de sentencias o incluso, como podría serlo en este caso, para el reconocimiento de relaciones jurídicas creadas bajo el amparo de un derecho extranjero.

Si bien en principio el orden público internacional se toma tradicionalmente como compuesto por principios vigentes en el Estado del juez que entiende en la causa, lo cierto es que es notable como en la actualidad se ha llegado a hablar de un “orden público transnacional” (16).

En el campo del derecho de familia y niñez, este fenómeno ha sido alentado por el avance en materia de derechos humanos, y fundamentalmente por la figura del interés superior del niño, como principio rector.

Es indudable que el interés superior del niño resulta ser uno de los principios fundamentales que conforman el contenido del orden público internacional, con especial aplicación en cuestiones de niñez y adolescencia. Si bien es un principio receptado ya en varias disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), es un término que no ha sido del todo definido en los instrumentos que lo contienen, tornándose un “concepto jurídico indeterminado” (17).

(16) IUD, Carolina D., “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, La Ley Online AR/DOC/2643/2013.

(17) ÁLVAREZ DE ELÍAS, Rocío, “El interés superior del niño frente a la inexistencia de la legislación procesal relativa al funcionamiento del proceso de restitución de menores”, en SCOTTI, Luciana Beatriz (Dir.) y otros. Res-

Esta indeterminación, ha sido justificada en algún sentido por considerar que la propia noción debe gozar de flexibilidad conforme la vorágine en la que se encuentran inmersas las relaciones de familia, debiendo mimetizarse con las nuevas necesidades imperantes. También encuentra asidero en la necesidad de adaptación a las diferentes realidades existentes entre las diversas culturas, lo que puede conllevar a que el contenido que se le atribuya a este principio pueda modificarse de cultura en cultura. Asimismo, “tal indefinición (...) ha sido fundada en relación con la movilidad que caracteriza esta noción, tanto en función de los cambios sociales como a la relatividad de cada supuesto” (18).

Sin perjuicio de ello, se han brindado definiciones de este, caracterizándolo como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido este por el que más conviene en un momento dado en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular. El interés del niño no es una noción abstracta, porque es, en principio, el interés de ese niño y no el de otros que pueden encontrarse en condiciones diversas” (19).

De todas maneras, no se debe soslayar que esta elasticidad permite, de algún modo, delinear su significación para cada uno de los supuestos que contiene el derecho de familia, niñez y adolescencia, sin perder de vista que la idea rectora es dotar de la mayor amplitud de derechos al NNA.

Específicamente, para el caso que nos ocupa, el Cód. Civ. y Com. en su art. 2640 ha recogido implícitamente el concepto de OPI consagrando que otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes, como puede ser la *kafala*

tutición internacional de menores, B de F Ltda., Buenos Aires, 2014, p. 218.

(18) RUBAJA, Nieve, “Derecho internacional Privado de Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 1 ed., p. 46.

(19) BIOCCA, Stella Maris, “Interés superior del niño”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N.º 30. Derecho de familia, Lexis Nexis, Buenos Aires, marzo/abril 2005, pp. 23-24.

la, regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, *siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño* (el destacado nos pertenece).

Esta disposición prevé que la existencia de una institución desconocida -cuestión que hemos de ampliar en el acápite siguiente-, o sea, una figura legal inexistente para el derecho local pero perfectamente válida para el derecho extranjero mediante el cual ha sido constituida, no necesariamente va a impedir su reconocimiento a nivel local. Muy por el contrario, si esta es compatible con los derechos del niño podrá ser reconocida y surtir efectos en nuestro país.

Es así como, de conformidad con el primer párrafo de dicho artículo, para regular la tutela, curatela y demás instituciones de protección resulta aplicable el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador. En este caso, el derecho argentino bajo el amparo del cual se ha creado la *kafala* cuya eficacia extraterritorial se ha juzgado, no resulta lesivo de los derechos fundamentales de la niña. Es por ello por lo que no resulta violatorio del OPI argentino y, por ende, no solo permite, sino que demanda su reconocimiento como institución de protección de la niñez en pos de la consecución de la protección de los derechos de la niña.

Esto es lo que precisamente lo que ha sucedido en el presente fallo.

El juez tiene en cuenta la necesidad de brindarle protección adecuada a la niña, mediante la concesión de la tutela judicial, pero también aumenta la amplitud de derechos que esta goza al no imponerle profesar una determinada religión, tal y como lo exige *ab initio* la creación de la *kafala*.

Además, remarca como las convenciones, especialmente la CDN, obliga al Estado argentino a garantizar los derechos humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, posicionándolos como sujetos de derecho, con especial mención a la *kafala* islámica por lo que infiere el magistrado, lógicamente, que dicha institución no es

contraria a los principios fundamentales que inspiran a la normativa local.

Cita a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer que "...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad" (CS, 27/05/2015, "M., M. S. s/ guarda", AR/DOC/2379/2015).

Si bien el interés superior del niño propugna la ampliación de derechos a favor de los NNA, en ningún sentido debe tomarse como restrictivo de estos. En tal sentido, el juez indica que de conformidad con la CDN los Estados están obligados a respetar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, por lo que ello va en consonancia con lo decidido en la medida en que los padres cuentan con el derecho y deber de guiarlos en tal sentido, pero de ningún modo de imponer la religión a profesar. Así también lo manifiesta en su fallo al citar a Mizrahi: "De ninguna manera podrán aquellos decidir que reciba compulsivamente credo. El derecho de los padres, por ende, es guiar, pero no imponer. La CDN no autoriza a los padres a imponer creencias a ninguna edad del niño".

Es por ello por lo que, en respeto de la autonomía progresiva de la niña, se le impone al Sr. A. H. el deber de guiar a N. H., de acuerdo con sus propias convicciones y en línea al culto que profesan, pero, de modo alguno pueden imponerle ni cercenarle ninguno de sus derechos.

De este modo, al denegarle reconocimiento a uno de los efectos de dicha institución, de algún modo el juez ha hecho operativo el efecto negativo del OPI no tornando operativa la aplicación de esa disposición del derecho foráneo por ser contraria los principios fundamentales del derecho local que entienden a la autonomía progresiva de la niña como integrante del principio fundamental en materia de niñez y adolescencia que, como vimos, es el interés superior del niño.

III.3. La adaptación y las instituciones desconocidas

En la sentencia, el magistrado acude como fundamento adicional a la teoría del "ajuste" o "adaptación" según la cual a una institución desconocida por el sistema jurídico local (como es la *kafala*) le es correcto aplicar las reglas de la tutela de conformidad con nuestro derecho interno.

Esta problemática se genera como consecuencia misma del método de reconocimiento, es decir, de la eficacia en Argentina de los derechos adquiridos en el extranjero, en el caso, Argelia. Al mismo tiempo, se configura un problema de "calificaciones" pues "la figura jurídica extranjera ante la cual se encuentra el juez es desconocida para su ordenamiento jurídico, lo cual no lleva necesariamente a excluir el derecho extranjero que la reconoce" (20).

La pregunta que debemos realizarnos sería: ¿qué sucede cuando el derecho extranjero reconoce un instituto jurídico desconocido en el ordenamiento jurídico local? Para llegar a una respuesta correcta, previamente debemos realizar algunas aclaraciones. Cuando hablamos de una institución desconocida no podemos comenzar sin recordar al jurista alemán padre del DIPr moderno, Friedrich Karl von Savigny. Cuando trató los límites a la aplicación del derecho extranjero, en su obra titulada *Sistema del derecho romano actual* publicada entre los años de 1840 y 1849, planteó como excepción a aquellas "instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los Tribunales" (21). Como señalara el catedrático español Mariano Aguilar Navarro: "Nada tiene de extraño que Savigny diera tanta importancia a la institución desconocida, y que los anglosajones nos hablen de continuo de estatutos desconocidos. En ambos casos, la visión histórica, concreta, orgánica y social de la vida y del hombre es lo que justifica tales ac-

(20) SCOTTI, Luciana, "Manual de Derecho Internacional Privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2a Edición actualizada y ampliada, p. 181.

(21) SCOTTI, Luciana, "Manual de...", ob. cit., p. 189.

titudes” (22). El jurista alemán Neuhaus destacó la importancia de las instituciones generales ya en 1977 sistematizándolas en tres grandes grupos. Dentro del segundo de ellos ubicaba a la institución desconocida, mientras que en el tercero —calificadas como valorativas— están las situaciones jurídicas válidamente creadas y la adaptación. Retomando este punto, Tatiana Maekelt incorporó a las calificaciones junto a la cuestión previa (23).

Por su parte, Javier Carrascosa González nos enseña que, ante esta situación especial, el DIPr puede reaccionar de tres maneras distintas: el etnocentrismo, el relativismo cultural y el universalismo multicultural (24). Tiempo atrás, se entendía que los principios fundamentales siempre debían primar jurídicamente por sobre la legislación extranjera de aplicación cuando cuente con valores asentados en una base cultural muy distinta a la local. Esta visión etnocentrista termina llevándonos a un camino marcado por la falta de respeto a la internacionalidad, postura que para nosotros parte de un error elemental, pues una institución desconocida no necesariamente viola el orden público internacional. Esta idea ya no puede sostenerse en la actualidad. Muchos años perduró el recelo hacia el derecho musulmán, tendencia que progresivamente se ha abandonado.

La flexibilización implica un cambio de pensamiento radical, ubicarse en el extremo opuesto, admitir la integración de lo extranjero actuando como un correcto país de acogida y abandonar la tradicional y rígida concepción del OPI. Implica partir de la premisa de un DIPr multicultural dónde, en palabras de Carrascosa González, “existen ciertos límites que debe ser

respetados en los países occidentales y que son traducción de los 'valores comunes' de Justicia universalmente aceptados. Pero salvaguardados estos, es positivo que se aplique un derecho extranjero o se dé validez a una decisión extranjera, con el objetivo de aceptar, en Occidente, los fenómenos e instituciones procedentes de otras culturales y civilizaciones, incluso aunque no se correspondan con las instituciones jurídicas vigentes en Occidente, pero solo en la medida en que se respeten los 'valores comunes' de Justicia universalmente aceptados” (25).

Si abogamos por un derecho caracterizado por respetar a las culturas diferentes, se debe también ser tolerante con su sistema jurídico y los valores en los que se asienta. Ello siempre salvaguardados los principios fundamentales locales, pero analizado de una manera más flexible, más conciliadora, es decir, con una reducción del alcance de la noción del orden público internacional.

El Código Civil y Comercial no contiene una norma dentro de las disposiciones generales que recepte e indique como resolver el problema de la institución desconocida, algo que si podíamos encontrar en el Proyecto de Código de DIPr de 2003 (26). Su incorporación hubiera sido sumamente enriquecedora, indicando a la autoridad judicial como proceder cuando se enfrenta a una situación de ese estilo y así evitar una mala aplicación de la lógica de nuestra materia. En este punto, no compartimos aquel razonamiento por el cual “introducir legislativamente la institución desconocida en el derecho argentino podría significar un desafortunado retroceso” (27). Pensar de esta manera implica-

(22) AGUILAR NAVARRO, Mariano, “El Orden Público en el Derecho Internacional Privado”, en Revista Española de Derecho Internacional, Número 6, 1953, p. 61.

(23) P. H. NEUHAUS citado por MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual”, en Estudios de Derecho Internacional Privado, Homenaje a Tatiana Maekelt, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 160.

(24) CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, Número 21, 2003, p. 109.

(25) CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, Número 21, 2003, p. 111.

(26) Art. 16. Instituciones y procedimientos desconocidos. La existencia en el derecho extranjero de instituciones o procedimientos desconocidos en el ordenamiento jurídico argentino no impide su reconocimiento o aplicación, salvo que sean contrarios a los principios de orden público internacional argentino. Los tribunales adaptarán las soluciones argentinas a tales fines.

(27) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “La Ley de Venezuela y el Proyecto Argentino: ¿Un abrazo del Derecho Internacional Privado Continental?”, en Libro-Ho-

ría prejuzgar sobre la reglamentación, ya pensándola como negativa, además de no visualizar los problemas de la multiculturalidad y la necesidad de contar con herramientas que abran el camino ante supuestos conflictivos. No solo la ley debe adaptarse al mundo actual y moderno, también la doctrina debe replantear y madurar sus antiguas visiones. En este sentido, sabias palabras nos dejaron Tatiana Maekelt al decir que las instituciones son imprescindibles para la flexibilización del método conflictual, incluso aquellas que tradicionalmente se han considerado como negativas pueden contribuir a la justicia material (28).

Volviendo a la pregunta, ante una institución desconocida hay dos posibles reacciones. Por un lado, hay que considerar que la falta de regulación local de dicho instituto viola o lacera los principios fundamentales del juez y ello le permitiría descartarlo. Esta situación implicaría una negación de la institución extranjera, razonamiento que acumula cientos de críticas que van desde los pilares actuales del DIPr hasta la arbitrariedad de la decisión. Una posición contraria implicaría respetar la norma del Código Civil y Comercial y su método de reconocimiento. Se asienta en una labor más intensa por parte de la autoridad judicial pues deberá proceder con una 'aproximación funcional o analógica', es decir, adaptar esa institución extranjera desconocida a aquella que más se le asemeje en el derecho local.

Como consecuencia del segundo párrafo del art. 2640, además de adoptar el ya mencionado método de reconocimiento, no se podrá invocar a la institución desconocida para negar efectos a instituciones distintas a la tutela o curatela que tengan por finalidad la protección de los menores incapaces, salvo que se encuentren afectados los derechos fundamentales del propio niño. Esta norma es la razón principal que inclinó la balanza a favor del posible reconocimiento de la *kafala* en nuestro país.

menaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Editorial Once para, Impresora Gráfica Nacional, Caracas, 2001, pp. 31-32.

(28) MAEKELT, Tatiana, "Teoría general de Derecho internacional privado", Caracas, 2010, 2ª ed. Actualizada y Ampliada, p. 320.

Resuelto ese problema, entendiendo que estamos ante un instituto de protección que debe ser reconocido por ser la forma de respetar los derechos fundamentales de la niña, resultó ser necesario determinar bajo que tratamiento encasillaríamos, "calificaríamos", a la *kafala* en nuestro país. Este proceso de subsunción es mucho más complicado cuando la figura ante la cual se encuentra el juez es desconocida para su ordenamiento jurídico.

Acudir a la armonización y adaptación es la manera de arribar a una solución. Sin embargo, encontrarnos ante disposiciones que regulan el derecho de familia incrementa la dificultad porque allí "la armonización no resulta posible de manera general pues se trata de un campo que manifiesta el ser de cada Estado" (29). No significa que no sea posible, pero sí que el trabajo será más arduo.

La importancia de este tema fue detectada durante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en el ámbito de la OEA, en oportunidad de discutirse el texto para la Convención sobre las Normas Generales de Derecho Internacional Privado (30). Durante el debate sobre el artículo propuesto por la delegación de los Estados Unidos, en el cual se pretendía resolver el problema de la institución desconocida en el derecho extranjero, Werner Goldschmidt (en representación de Argentina) propuso una modificación de manera que el juez no rechace enseguida la aplicación de la ley extranjera por esta disimilitud, sino que dentro de lo posible arregle el asunto con sus propios procedimientos, concluyendo: "Si en el caso ello no fuera posible, está de acuerdo, no habiendo más remedio, que el Derecho Internacional Privado fracase" (31).

(29) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "Derechos humanos y derecho internacional de familia", LA LEY 14/11/2018, 14/11/2018, 1 - LA LEY, 2018-F, 602, Cita Online: AR/DOC/2404/2018.

(30) La CIDIP II fue celebrada en Montevideo (Uruguay) en 1979. Se adoptaron ocho instrumentos entre ellos la referida a las normas generales de DIPr, ratificada por Argentina en 1983.

(31) PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "La institución desconocida en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo 1979)", en Revista de Derecho, Tri-

Esta propuesta no es otra cosa que la adaptación y es la razón por la cual la CIDIP II permite a la autoridad negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos, lo cual pide (junto con el art. 9°) pasar por la armonización.

La armonización y adaptación permite superar el problema de las lagunas generado por la inexistencia de un instituto símil en el derecho local. Aquí es cuando las calificaciones y las diversas teorías elaboradas por la doctrina se vuelven herramientas sumamente importantes.

Definir en qué consiste el problema de las calificaciones nos obliga a tener que verlo desde una doble perspectiva. Por un lado, se entiende como el modo de determinar cuál será el ordenamiento que se encargará de definir los términos empleados en la norma indirecta. Siguiendo este pensamiento, y a diferencia de lo que sucede con las normas directas, las normas de conflicto se encuentran navegando entre cientos de legislaciones —gracias a su poder de conectarlas por medio del o de los punto/s de conexión— y esta pluralidad normativa nos pone en el deber de indicar de cuál de todos esos derechos se desprenderán los conceptos necesarios (32). Pero no se agota allí esta problemática: cuando el juez tiene que resolver se encuentra con un instituto jurídico o de difícil determinación también estamos dentro de las calificaciones y nuevamente nos preguntamos bajo el amparo de qué derecho debemos comprender el concepto y alcance que tendrá. Determinar a qué categoría jurídica responde queda abarcada dentro de ella.

El Código Civil y Comercial no cuenta con normas específicas que resuelvan o indiquen como proceder ante el dilema de las calificaciones. Claramente no estamos ante temas desconocidos por la doctrina internacionalista argentina, por nuestros jueces o por los legisladores locales, lo cual nos hace tener que considerar el motivo que generó su ausencia legislativa. ¿Por qué se optó por no incorporar una norma general

bunal Supremo de Justicia, Caracas - Venezuela, 2002, p. 320.

(32) GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, Décima Edición Actualizada, p. 173.

sobre el modo en que los jueces deben calificar? En los fundamentos al Anteproyecto encontramos la siguiente explicación: “Se ha considerado conveniente no introducir una regulación para el problema de las 'calificaciones' pues se trata de un tópico en el que es preferible dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos” (33).

En el caso bajo análisis, y para resolver este problema, el juez acudió a lo dispuesto en el art. 2595, inc. c) del Cód. Civ. y Com. Ciertamente, esta disposición resuelve el problema radicado en la aplicación de diversos derechos a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso estableciendo el deber de armonizarlos procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. El magistrado se enfrentó al deber de reconocer un instituto válidamente creado en el extranjero, pero que al no contar con su regulación de manera local debe calificarlo teniendo en cuenta la armonización como forma de garantizar el respeto a cada uno de ellos.

Por un lado, entonces, tenemos un ordenamiento jurídico que regula un instituto (el derecho de Argelia), por el otro tenemos el derecho local que reconocerá dicha relación jurídica, pero debe buscar que tratamiento le dará, como adaptará a la *kafala* dentro de nuestro sistema jurídico. Tal como la doctrina señala, “la técnica de 'ajuste' o 'adaptación' del DIPr tiene por fin dar respuesta al problema de la incompatibilidad o fricción entre normas de distintos sistemas jurídicos que deben ser aplicados simultáneamente” (34). Así el magistrado se encontró ante un gran dilema: determinar cómo calificaría a la *kafala*, es decir, qué instituto receptado en el sistema jurídico argentino sería el más similar a aquel creado en el extranjero, con las dificultades que implica. Para ello, entendió

(33) Disponible en: www.nuevocodigocivil.com (última consulta 24/11/2020).

(34) RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, en Revista Pensar en Derecho, N.º 8, p. 220.

que era necesario 'adaptar' las soluciones pues ante regulaciones que no encajaban entre sí como sucedería con las piezas de un rompecabezas, debió ajustarse allí donde fuera necesario.

Tiempo atrás, el primer reflejo era acudir al instituto de la adopción. En su tesis doctoral, María Susana Najurieta relata cómo se trató de asimilarla a la adopción simple ante tribunales franceses y alemanes, invocando la inserción del niño en la comunidad de recepción. Así explica que en “la jurisprudencia inglesa se conocen algunos casos —se citan generalmente dos, uno de 1988 y otro de 1993— en los cuales los tribunales, en interés del niño, tomaron una calificación amplia del concepto de adopción utilizado en las leyes inglesas sobre inmigración, a fin de dar acogida en el Reino Unido a niños de países de tradición musulmana, que habían sido confiados a familias de acogimiento, pero sin alterar la filiación” (35).

Esta postura no fue ampliamente compartida, pese a que pueda parecer como la más correcta. Es decir, ¿corresponde equiparar la *kafala* a la adopción simple? Entendemos que sería incorrecto seguir ese camino. Decir lo contrario sería reconocer una institución dotándola de mayores efectos que aquellos adquiridos de conformidad con la ley que le dio vida. En este caso puntual, se le otorgarían vínculos filiatorios que no son admitidos de conformidad al derecho de origen.

En este sentido, y en ocasión de los debates con motivo de elaborar el texto del Convenio de La Haya del 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, quedó en claro que corresponde asimilarla a una colocación familiar de protección de la infancia, que no compromete un emplazamiento filiatorio (36).

(35) NAJURIETA, María Susana, “Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, p. 67.

(36) NAJURIETA, María Susana, “Coordinación...”, ob. cit., p. 68.

En igual sentido, Pilar Diago Diago, quien realiza un estudio profundo del tema, es sumamente clara al considerar que la *kafala* “se aparta definitivamente de la figura de la adopción, pues esta jamás creará vínculos de filiación, mientras que aquella siempre lo hará; desde su configuración más leve en la que se mantienen los vínculos de filiación con la familia anterior: adopción simple, hasta la configuración de la adopción plena, en la que se rompen definitivamente (...) Pero además, obsérvese que la *kafala* se constituirá por el *Kafil*, de confesión musulmana, lo que refuerza su carácter especial que vuelve a alejarla de la adopción y que responde a su instrumentalización hacia la tarea de la educación del niño en la religión musulmana” (37). Concluye de manera categórica que estamos ante “dos instituciones que encuentran su fundamento último en el interés superior del menor, siendo sin embargo desde el punto de vista jurídico, figuras distintas y que, por tanto, no deben ser confundidas” (38).

Cabe señalar, además, que, en el proceso iniciado en el caso bajo análisis, se solicita la aplicación del instituto de la “tutela judicial”. Por ende, hay que considerar que correspondía haberle aplicado la figura de la adopción simple sería un claro supuesto donde el magistrado se expida *extra petita* parte. La *kafala* no produce ningún efecto en cuanto a la filiación, el niño o niña no se convierte en “pariente” y ello también debe respetarse. En todo caso, y radicados en nuestro país, si el deseo de la familia fuese la de ampliar estos derechos, tendrán a su disposición la adopción como instituto debiendo iniciar las acciones que correspondan con esa finalidad.

Siendo una medida de protección, debe ser reconocida como tal. Así como lo tiene reconocido nuestro Código Civil y Comercial. Acertadamente el magistrado se hizo eco de esta postura, aplicando correctamente las herramientas locales, y arribando a una solución que respeta la protección del interés superior del niño como de la justicia material.

(37) DIAGO DIAGO, María del Pilar, “La *kafala*...”, ob. cit., p. 142.

(38) Idem.

IV. Palabras finales

Cuando la extraterritorialidad se instauró como principio y fundamento del derecho internacional privado, el temor a lo extranjero también se irguió. De allí que fueron necesarios límites para contrarrestar lo que podía considerarse como un efecto negativo. Esto marcó una etapa donde las sociedades se “escandalizaban” de lo desconocido, de lo ajeno. Incluso hasta tachar aquellos ordenamientos jurídicos de “exóticos” por responder a culturas de base tan distintos que debían descartarse. El ensanchamiento hacia la aplicación del derecho extranjero encontró como un freno al orden público internacional.

Sin embargo, las relaciones jurídicas cambian a lo largo del tiempo y del mundo, allí es cuando el derecho debe hacer lo propio para responder a las realidades de la sociedad, a la necesidad de justicia y al respeto de la multiculturalidad.

No cabe dudas que el reconocimiento de la *kafala* como institución de protección y su inserción/adaptación se traduce como el máximo respeto de los efectos jurídicos que se derivan de la multiculturalidad. La acertada norma que el legislador incorporó en el Código Civil y Comercial permite, además de respetar los derechos fundamentales que le son propios a todo niño, niña o adolescente, evitar que se siga negando u ocultando institutos propios de otro sistema jurídico por creer que nos son ajenos, que están lejos de cruzar el Atlántico y plantearse en Argentina.

Desde luego reconocer no implica aceptar lisa y llanamente la incorporación de disposiciones aberrantes para los principios fundamentales del derecho local. Es allí donde el Orden Público Internacional aflora impidiendo que se vea vilipendiado el principio norte en materia de Niñez y Adolescencia que es el interés superior del NNA.

En el caso en cuestión este límite ha operado acertadamente como cortapisa, no para el reconocimiento de la *kafala* en sí, sino sobre uno de sus efectos que cercenaba la autonomía de la niña a la hora de decidir libremente acerca de sus creencias religiosas.

Mediante el método de reconocimiento, ante la necesidad de calificar esa institución desconocida mediante la adaptación y el respeto a los derechos fundamentales, se logró respetar la filosofía propia del DIPr y así evitar que se sacrifique la justicia por falta de una disposición legal que recepte idéntico instituto extranjero.

La flexibilización (en sentido amplio) de las soluciones de DIPr son uno de los fundamentos del cambio. La necesidad de proteger las relaciones familiares más allá de las fronteras, de garantizar su continuidad, justifica la inclusión del método de reconocimiento, así como el abandono de la institución desconocida como límite. Solo de esta manera se logra asegurar la armonía en aquellas relaciones jurídicas internacionales sin que la diversidad legislativa sea el problema.

Gracias al respeto a la multiculturalidad, junto a las herramientas del DIPr adaptadas a la realidad social de hoy, institutos y leyes que eran consideradas “exóticas” empezaron a perder esta característica, pasando por el tamiz de los DD. HH. El diálogo de las fuentes, y el entendimiento de que la existencia de culturas distintas no necesariamente es incompatible o lacerante de nuestros principios, permitió que puedan introducirse institutos como la *kafala* dentro de nuestro territorio. Como destacó Pilar Diago Diago, “la existencia de peculiaridades culturales y religiosas no puede ser ignorada y menos por el hecho de no encajar en la estructura del orden jurídico de la sociedad en la que coexisten” (39).

El debido respeto de la diversidad cultural, la observancia de los derechos de las minorías, el derecho a ser diferente, la tolerancia frente a estilos de vida distintos, extraños, desconocidos desde la mirada de la propia cultura se imponen en un Estado de derecho, que protege y garantiza los derechos fundamentales del ser humano.

Ahora bien, respetar una cultura diferente, implica también aceptar su sistema jurídico, con los valores que lo informan, que lo orien-

(39) DIAGO DIAGO, María del Pilar, “La kafala...”, ob. cit., p. 141.

tan, salvo que conculquen seriamente los principios esenciales de nuestro propio derecho.

La multiculturalidad convoca al derecho internacional privado, por medio de sus variadas fuentes y métodos, y guiado por el derecho internacional de los derechos humanos, a procurar soluciones para resolver nuevos “conflictos de leyes”, “conflictos de jurisdicciones”, “conflictos de calificaciones”, en definitiva, “conflictos de civilizaciones.

Sin dudas, nuestra disciplina ha aceptado ese desafío pues cuenta con instrumentos idóneos para conciliar culturas, y para promover y canalizar el diálogo entre las civilizaciones.

V. Bibliografía complementaria

BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, 7ª edición.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 25, 2009, ps. 9-44.

FERRAN LARRAZ, Elena, “La institución desconocida y la intraducibilidad. Paralelismo entre el derecho comparado y la traducción jurídica frente a la intraducibilidad”, en *Journal des Traducteurs*, 2, vol. 54, jun. 2009.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: Una aproximación casuística”, en *DFyP* 2012 (junio), 01/06/2012, 55. Cita online: AR/DOC/49/2012.

KALLER DE ORCHANSKY, Berta, “Nuevo manual de Derecho Internacional Privado”, Ed. Plus Ultra, 2º ed., 1993.

LAGARDE, Paul, “La méthode de la reconnaissance, est -elle l'avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, 2014, t. 371, ps. 19-42.

SCOTTI, Luciana B., “La responsabilidad parental en el derecho internacional privado argentino”, en *DFyP* 2018 (noviembre), cita online: AR/DOC/1349/2018.

UZAL, María E., “Derecho Internacional Privado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

SUCESIONES

DOCTRINA

Donaciones realizadas a descendientes y cónyuges

Néstor E. Solari (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial ha sido objeto de otra reforma legislativa, a pesar de sus escasos cinco años de vigencia. Así, mediante la ley 27.587 se modificaron cuatro artículos del referido cuerpo normativo.

Desde la entrada en vigencia del Código de fondo —en agosto de 2015—, distintas materias e instituciones fueron revisadas legislativamente, en punto a determinadas cuestiones.

Hay que resaltar que el régimen sucesorio, contenido en las normas del Código Civil y Comercial, mantiene la estructura legislativa del derogado Código Civil, por lo que los cambios realizados han sido escasos y superficiales. Lejos de “compatibilizarse” las disposiciones del derecho sucesorio al escenario constitucional, convencional y sociológico, solamente se realizaron algunas adecuaciones al sistema, no sustanciales ni esenciales en materia sucesoria.

En esta oportunidad, la ley 27.587 tuvo por finalidad modificar preceptos atinentes al derecho sucesorio, específicamente la situación derivada de donaciones efectuadas por el causante a ciertos herederos forzosos (descendientes o cónyuge).

II. Desarrollo

II.1. Marco legal

La ley 27.587 modifica la redacción de cuatro artículos del Código Civil y Comercial: 2386, 2457, 2458 y 2459. En el primer caso en el título de la colación; los últimos tres, en el título de las

porciones legítimas. Todos correspondientes al Libro Quinto, denominado “Transmisión de derechos por causa de muerte”.

Dice ahora el art. 2386 (1): “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

A su vez, el art. 2457 establece (2): “La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre los bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

Por su parte, indica el art. 2458 (3): “Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

(1) La redacción anterior decía: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque después haya dispensado de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

(2) Antes indicaba: “La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o sus sucesores”.

(3) El texto anterior señalaba: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

(*) Doctor en Derecho, UBA. Profesor titular de Derecho de Familia y Sucesiones UBA.

Finalmente, consigna el art. 2459 (4): “En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez [10] años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obsta la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

II.2. Donaciones a herederos forzosos

Sabido es que la ley mantiene y conserva una parte de la herencia —legítima— para determinadas personas, llamadas *herederos legitimarios* o *forzosos*. Son aquellos que tienen reservada una parte de la herencia del causante y como tal indisponible para después de la muerte.

En este contexto, la ley contempla tanto la *acción de colación* como la *acción de reducción*. La primera protege la igualdad de ciertos herederos —descendientes y cónyuges— y la segunda protege, específicamente, la legítima de los herederos forzosos.

Puede suceder que, en una situación concreta, habiendo existido una donación en vida del causante a uno de sus descendientes o al cónyuge, tal acto haya vulnerado la igualdad de algunos herederos (descendientes y cónyuge) y, a la vez, haya afectado la porción legítima que la ley reserva a los herederos forzosos.

En tales hipótesis, en la sucesión del causante, en el régimen anterior, aquellos que se encontraban legitimados para hacerlo podían solicitar eventualmente la acción de reducción, si hubiere afectado la legítima, es decir, cuando la disposición hubiere excedido de la porción disponible. De manera que quedaba abierta la posibilidad de que el bien —en especie— vuelva a la masa hereditaria, consecuencia de la acción de la reducción.

Pues bien, la presente reforma lo que hace es “quitar” la acción de reducción, propiamente

(4) Prescribía el artículo reformado: “La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

te dicha, evitando que el bien sea restituido en especie, tratándose de una donación efectuada al descendiente o al cónyuge. En tales circunstancias, lo limita al ejercicio de una acción de colación, por el valor de lo que hubiere excedido la referida porción legítima. Dicho de otra manera, entre herederos forzosos se resuelve la cuestión por vía de la acción de colación, en la medida y alcance señalados en el precepto.

Por lo que, en la estructura del Código Civil y Comercial, cuando se realizaba una donación a un descendiente o al cónyuge, se mantenía la acción de colación y de reducción, si resultaba procedente la hipótesis fáctica. Así, cuando un progenitor había donado en vida a uno de sus hijos un inmueble, si este afectaba la porción legítima, los legitimarios podían solicitar, además de la acción de colación, la acción de reducción. La cuestión y el problema radicaba en que la donación era en especie, con lo cual quedaba subsistente la condición observable del acto de la donación.

En verdad, el problema fáctico se mantenía, porque aun cuando la acción de colación es en valores, la acción de reducción es en especie, con lo cual el bien donado quedaba afectado a una eventual restitución.

Tal incertidumbre no quita la circunstancia de que el donatario o subadquirente pudiera desinteresarse al legitimario pagando en dinero, pues dichas vicisitudes quedaban sujetas a la situación posterior al acto de la donación.

Es decir, que hasta dicho momento el acto de la donación quedaba afectado en la circulación del bien, ante terceros adquirentes.

Por lo demás, dependía del donatario o subadquirente ejercer tal opción, lo que evidenciaba la condición de observable del bien en cuestión por todo el tiempo anterior.

La solución legislativa, con esta reforma, logra equilibrar los derechos e intereses en juego. Por ello el legitimario no se encuentra perjudicado con la nueva redacción, dado que mantiene el derecho a reclamar el valor de lo que hubiere sido afectado. En realidad, lo que se hace es limitar el reclamo a su valor, al heredero donatario, quitándole el derecho a la acción

reipersecutoria del bien, evitando, de esta manera, que se afecten derechos de terceros.

En consecuencia, el legitimario perjudicado conserva sus derechos. Lo que cambia es que su reclamo queda comprendido en las relaciones internas con el heredero donatario, sin que trascienda a las relaciones frente a terceros.

Por lo demás, con el nuevo régimen legal se presenta la siguiente particularidad. Habiéndose suprimido la acción de reducción para la situación antes descripta, y en el contexto de las donaciones efectuadas a un descendiente o, en su caso, al cónyuge, la acción de colación podría tener una finalidad protectora de la legítima —como excepción—. En efecto, en dicho escenario, cuando el legitimario pretenda resguardar su legítima vulnerada, deberá entablar la acción de colación a los fines de recuperar su valor en dinero y no la acción de reducción propiamente dicha. En este contexto estamos ante una *acción de colación atípica*, pues esta no se hallaría sustentada en mantener la igualdad de ciertos herederos forzosos, sino en proteger la legítima.

II.3. Beneficio para la circulación del bien donado

La solución brindada por la reforma a los arts. 2386, 2457, 2458 y 2459 en el Código de fondo significa una respuesta favorable para la circulación del bien objeto de la donación, en las condiciones señaladas. En tal situación, el bien donado queda amparado en la certidumbre negocial, a los fines de sus eventuales transmisiones, no condicionándola a situaciones externas y ajenas al acto de la donación.

En consecuencia, se corrige un desacierto que mantuvo el Código Civil y Comercial en el derecho argentino, que ya estaba presente en el sistema del Código velezano.

II.4. Flexibilización de la legítima

Con la modificación efectuada por la ley 27.587 a las disposiciones de fondo, se consagra una nueva flexibilización a la legítima hereditaria.

Si bien el derecho argentino mantiene la institución de la legítima para los denominados

herederos forzosos, se va produciendo una flexibilización en su protección. En esta temática, ya el Código Civil y Comercial —en relación con el Código de Vélez— había consagrado dos flexibilizaciones en punto a la cuestión debatida. La primera, al establecer que la acción de reducción ya no podía ser entablada por el legitimario si habían pasado diez años desde la realización del acto; y la segunda, que el donatario o subadquirente podían desinteresarse al derecho del legitimario, pagando en dinero su valor.

Ahora, se avanza todavía más, pues se suprime la acción de reducción en las condiciones de la norma.

Todo ello nos permite sostener, tal como lo venimos haciendo, que el verdadero debate de la actualidad consiste en suprimir el sistema de legítima, tal cual se encuentra contemplado en la legislación del fondo. Se debe reconocer, como principio general, la libre disposición de los bienes y, en todo caso, contemplarse protecciones ante situaciones de vulnerabilidad de ciertos herederos: niños, niñas y adolescentes; discapacitados; mayores adultos; así como la perspectiva de género (5).

II.5. La donación

Desde siempre, el acto jurídico de la donación ha tenido particularidades, en virtud de su naturaleza.

No se encuentran exentas de dichas particularidades las donaciones efectuadas en el ámbito de las relaciones de familia, agregándole connotaciones propias, en virtud de los vínculos existentes entre las partes.

Sin desconocer tales circunstancias, la ley debe revestir al acto de la donación la máxima certidumbre posible, a los fines de que las partes involucradas, así como terceros que puedan intervenir luego, no conviertan al acto jurídico de la donación —muy utilizada en la práctica— en una situación de excesiva vulnerabilidad.

(5) Acerca de la solución que propiciamos, remitimos a nuestra obra: "Manual de Sucesiones", Ed. La Ley, 2020, p. 478 y ss.

La donación, en tanto acto jurídico válido, tiene bastantes "sospechas" en el ordenamiento jurídico, que le quitan muchas veces su importancia y trascendencia. No puede desconocerse que la sanción de la ley 27.587 favorece al acto jurídico de la donación, brindándole mayor certidumbre cuando la persona efectúa una donación a sus descendientes o al cónyuge.

Con esta reforma se le quita su carácter observable, sirviendo como herramienta para los negocios jurídicos en el ámbito familiar.

A partir de esta reforma, el acto de la donación, en las situaciones descriptas, deja de ser tener un título imperfecto, subsanando una deficiencia contenida en la anterior redacción.

La licitación sucesoria en el Código Civil y Comercial de la Nación

Agnès Sibileau

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. La licitación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su aplicación.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo realizar un breve análisis de un instituto un tanto controvertido en el derecho civil argentino: la licitación.

En efecto, se trata de un mecanismo para llevar a cabo la partición, incorporado nuevamente al derecho positivo, luego de que hubiera sido excluido del Código de Vélez Sarsfield por la reforma de la ley 17.711 en el año 1968.

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) incorpora la licitación en el Libro Quinto “Transmisión de derechos por causa de muerte”, Capítulo 2, “Modos de hacer la partición” del Título 8, “Partición”, art. 2372, debe tenerse presente que la licitación es un mecanismo para facilitar la partición de cualquier comunidad indivisa.

En este artículo se pretende, siempre desde el derecho sucesorio, hacer un repaso de los antecedentes de la licitación, así como también analizar brevemente la forma en que se está llevando a la práctica en la actualidad. En este sentido, se analizarán algunos aspectos procesales de este instituto basados en fallos judiciales relativos a su aplicación.

II. Antecedentes

Desde una visión jurídica, la muerte de una persona humana produce la transmisión de sus derechos a los sucesores, sean estos llamados por la ley o por la voluntad del cau-

sante. Esta transmisión de una universalidad jurídica crea una indivisión hereditaria o comunidad hereditaria sobre los bienes transmitidos que solo cesa o finaliza con una partición.

Vélez no se refirió mucho en su Código a la comunidad hereditaria. Quizás esto se deba, tal como lo expresó en la nota al art. 3451, a que “la comunidad en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta” (1).

Así, en su Código incluyó un mecanismo o modo de hacer efectiva la partición: la licitación. Se trató de un único artículo, el 3467, que debía bastar para comprender esta forma de partir (2). Aquel artículo rezaba: “Cada uno de

(1) Nota: Art. 3451. DEMOLOMBE, núm. 484. TROPLONG, “Louage”, núm. 100. En las sociedades la ley juzga que los socios se han dado recíprocamente el poder de administrar los intereses sociales, más esto no puede aplicarse a los comuneros, porque la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta, cuando lo contrario sucede en la sociedad. Esta se forma siempre por un contrato, por la voluntad de los asociados, y la comunidad que existe entre los coherederos, procede de una causa extraña a la voluntad de los partícipes. Quoniam cum cohaerede non contrahimus”, dice la ley romana “sed incidimus in eum”. L. 25, § 16, tít. 2, Lib. 10, Dig. “FAMIL. AERCISE”. Mientras que la comunidad en una sucesión es un estado puramente pasivo en que los copropietarios de la herencia no están unidos sino por la cosa misma y no por su voluntad, y que la comunidad deja a cada uno, con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus intereses particulares.

(2) MILLÁN, Fernando, “La Licitación hereditaria desde la perspectiva de la solidaridad familiar” en Derecho

los herederos tiene el derecho de licitar alguno de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación; y en tal caso se le adjudicarán por el valor que resultare en la licitación. De este modo no puede usarse, cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación, nada le han opuesto y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes”. En este sentido, se la ha definido como “un remate de la cosa indivisa y difícil de partir, a que los condóminos o comuneros en una sucesión recurren para adjudicarla en exclusividad al que en el limitado círculo de dichos copartícipes sea el mejor postor, con imputación de su precio a su cuota indivisa de la herencia” (3).

La falta de una definición legal específica de la licitación, así como la estrechez del artículo derivaron en varios interrogantes traducidos en otras varias interpretaciones. Esta fue la razón por la que el artículo fue bastante controvertido durante sus años de vigencia.

Como forma de acotar las interpretaciones se buscó ceñirse a la interpretación literal. En este sentido, dado que el artículo se refería a la posibilidad de licitar “alguno de los bienes hereditarios”, parte de la doctrina entendió que no podían licitarse todos, por lo que hubo que dilucidar esta situación. Además, se enfatizaba el hecho de que no podía considerarse partición a la adjudicación de todos los bienes relictos a un único heredero por el hecho de ser este quien les podía otorgar el mayor valor. ¿Era eso partir a las resultas del texto legal?

En el año 1882, mediante la ley 1196 conocida como Segunda Ley de Fe de erratas, se agregó la letra “s” a la palabra “alguno”, zanjando la disquisición sobre la posibilidad de licitar más de un bien integrante del acervo hereditario (4).

Moderno “Liber Amicorum” , Marcos M. Córdoba. Edit. Rubinzal Culzoni, Tomo 1.

(3) DE GASPERI, Luis. “Tratado de derecho hereditario” T. II, p. 236.

(4) BERENGUER, Marcela, “La Licitación en la partición de la herencia, en Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012”. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina.

Otra dificultad para su interpretación se encontraba en el hecho de que no existió en el Código Civil de Vélez ninguna nota explicativa referida al artículo. Es sabido que gran parte de la comprensión de aquel código se centró en las notas explicativas que el legislador incluía.

Por otra parte, su antecedente en el derecho romano no fue otro que la *licitatio*, que se trataba del procedimiento de ofrecer, públicamente, una cosa al mejor postor para poder dividir un bien (5).

Frente a estas circunstancias, la doctrina se vio desorientada al intentar interpretar este método. Efectivamente, si la licitación encontraba su antecedente en la *licitatio* y además el artículo debía bastarse a sí mismo pues no había en el Código nota explicativa ni una definición legal precisa, parecía ser que no podía entenderse al instituto como una subasta cerrada entre los herederos.

Empero, la opinión mayoritaria así lo entendió e indefectiblemente consideró que aquella conllevaba una situación inequitativa entre los herederos, beneficiando únicamente a aquel de mejor situación económica.

En este sentido, algunos autores intentaron encontrarle una interpretación alternativa, que asegurara una mayor igualdad. Así, Fassi entendía que la interpretación que debió dársele al artículo era la siguiente: “la licitación era una subasta provocada por uno de los coindivisos, disconforme con la tasación, en la cual sería adjudicatario por un mayor precio, pero en puja abierta a los demás coindivisos y con extraños” (6).

De esta forma, bajo esta interpretación minoritaria, no se beneficiaba a un heredero con mayor poder adquisitivo por sobre otros. Insistía Fassi en que esa era la interpretación correcta pues en ningún articulado se consi-

(5) FASSI, Santiago, “Supresión de la licitación en el procedimiento de la partición”.

(6) FASSI, Santiago, “La interpretación de las leyes”. A propósito de la interpretación por Carlos Cossio de Derecho de licitación del artículo 3467 del Código Civil, en La Ley, t. 102, p. 1112.

deraba a la licitación como una subasta cerrada, destinada solamente a los herederos involucrados, siendo la intención final de aquella lograr el justiprecio de uno o alguno de los bienes del acervo hereditario, situación que solo se podía lograr, a los ojos del autor, permitiendo una puja abierta a cualquier interesado (7).

Igualmente, la doctrina mayoritaria la calificó como una subasta cerrada por lo que su utilización no resultó sencilla y el instituto cayó en desgracia. Al final, la ley 17.711 terminó por erradicarla. Borda, su principal autor, expresó al respecto: “Los herederos pobres quedaban en evidente situación de inferioridad ante los herederos ricos, que podían quedarse con los mejores bienes” (8).

En el Proyecto de Código Civil del año 1998 (9) se reincorporó el instituto considerando que se trataba de una institución útil para los intereses de los coherederos. Así en el art. 2325 de aquel texto se incluyó un artículo cuya única diferencia con el artículo vigente actualmente radicaba en que las ofertas no podían exceder el haber de la hijuela correspondiente al licitante.

III. La licitación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su aplicación

Luego de un breve repaso de los antecedentes y de las discusiones en torno a la interpretación de este instituto, llama la atención su reincorporación al derecho vigente. Efectivamente, hemos visto que la principal causa de su impopularidad no fue otra que su supuesta inequidad. Cuesta dilucidar cómo el transcurso del tiempo y los cambios sociales podrían haberlo reconducido, llevándolo a una situación más equitativa.

Es probable que su reincorporación se deba a que finalmente se haya comprendido que “(...) se trata de un instituto innovador que per-

mite a los copartícipes adjudicarse algún bien del acervo hereditario mediante la posibilidad de ofrecer un valor mayor al del valor real a ese momento (...)” (10), permitiendo de esta forma que los bienes continúen en el seno de la familia.

Se observa así que la licitación hereditaria se asienta sobre las bases del principio de solidaridad familiar ya que permite que los bienes queden entre los miembros de la familia, beneficiándose los herederos mutuamente, algunos con un bien o bienes determinados, permitiendo la formación de condominio cuando los licitantes sean más de uno y los otros con un mayor precio en la tasación de la masa a repartirse, lo cual directamente incrementa su patrimonio (11).

Vale la pena remarcar que, en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil de la Nación, la Comisión redactora al referirse a la licitación en el “Título Libro Quinto: Transmisión de derechos por causa de muerte” expresa: “(...) Reinstala figura de la licitación suprimida por la ley 17.711, por considerarla útil para los intereses de los coherederos” (12).

Así, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora la licitación en el Capítulo 2: “Modos de hacer la partición” del Título 8 “Partición” del Libro V, en el art. 2372 donde expresa: “Licitación. Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta. Efectuada la licitación

(10) “Autos N.º 28.607/1522: Burgues Monill, Modesto y Moros Alsinet, Josefa s/ Sucesión originarios del Quinto Juzgado Civil y Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción Judicial, Mendoza” en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=5082616398>.

(11) Conf. “CÓRDOBA, Marcos M. en “Código Civil y Comercial de la Nación, comentado”, dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, Ed. Rubinzal, 2015, T. X, p. 700.

(12) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

(7) Idem 5.

(8) BORDA, Guillermo A., “La Reforma de 1968 al Código Civil”, 1971, p. 569 y ss.

(9) Proyecto de Código Civil de la República Argentina — 2ª edición, La Ley, Año 2000.

entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien. La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos. No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación”.

De acuerdo con la ubicación en el texto legal, se observa que se trata de un mecanismo para llevar a cabo la partición. Si bien está dentro del Libro V destinado a la transmisión de derechos por causa de muerte, tal como expresáramos, la licitación sigue siendo un mecanismo para poner fin a todo estado de indivisión por lo que podrá utilizarse en la partición de un condominio o de una comunidad de bienes conyugales, entre otros.

En el marco de las sucesiones específicamente, se trata de una subasta cerrada entre los comuneros o copartícipes a la cual se recurre para adjudicar, al mejor postor y por un valor mayor al de la tasación, un bien indiviso de la masa hereditaria. Quien resulte adjudicatario imputará el precio obtenido a su hijuela.

De esta forma se aprecia que, por un lado, se altera la tasación obtenida otorgándole al bien un mayor valor, el último arribado por medio de la puja y, por otro, surge la obligación de adjudicarle ese bien al copartícipe que ofertó el mayor valor.

En cuanto a los bienes que se pueden licitar, el texto nuevamente refiere a “alguno de los bienes”, tal como surgía en el texto original del art. 3467. Sin embargo, dada la corrección realizada sobre aquella palabra en su momento y puesto que no parece haber inconveniente sobre la licitación de más de uno de los bienes del acervo hereditario, debe entenderse que puede licitarse uno o varios bienes. También puede realizarse la licitación

cuando el acervo se componga de un único bien **(13)**.

En cuanto a los legitimados para pedirla, la norma se refiere a los “copartícipes”, término que utiliza el código en los artículos referidos a las diferentes modalidades de partición (art. 2364).

Por este motivo, parte de la doctrina entiende que, a diferencia del Código anterior, existe una ampliación de los legitimados para pedir la licitación por lo que debe entenderse que se trata de todos aquellos que pueden pedir la partición, esto es, herederos, cesionarios, acreedores, beneficiarios de legados, entre otros **(14)**.

Sin embargo, esta postura no es pacífica. En este sentido, Ferrer **(15)** considera que están legitimados únicamente aquellos que tienen una participación en la comunidad hereditaria, es decir, únicamente herederos y cesionarios excluyendo a quienes están facultados a pedir la partición por vía oblicua (párr. 2, art. 2364). Es evidente que serán los tribunales quienes se expidan al respecto.

Este mecanismo, tal como lo expresa el art. 2372, se encuentra inserto dentro de la partición judicial. Así, la partición será judicial (art. 2371): “(...) a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente”.

Es probable que la licitación se utilice, principalmente, en casos en los que los copartícipes presenten desavenencias que resulten

(13) FERRER, Francisco A. M - GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., “La Licitación en el Código Civil y Comercial” en: *jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Ferrer-Francisco-A.-M.-y-Gutiérrez-Dalla-Fontana-Esteban-M.-Comisión-9.pdf*.

(14) RIVERA, Julio César, “Manual de Sucesiones.” Graciela Medina, Gabriel Rolleri. Abeledo Perrot, 2018, Caba, 1ª ed., 1ª reimp., p. 421.

(15) Idem 13.

insuperables, en este caso, traducidas en el valor que se le atribuya a uno o algunos de los bienes del acervo. Sin embargo, nada obsta a que, en el marco de una partición privada se recurra a una licitación, siempre y cuando se cumplan con los requisitos pertinentes (art. 2369).

Ahora bien, de conformidad con el art. 2372, la licitación puede solicitarse hasta los treinta días posteriores a la aprobación de la tasación. Se trata de un plazo de caducidad que brinda seguridad jurídica a los copartícipes puesto que, pasado ese exiguo plazo, la licitación dejará de ser una opción en la partición judicial.

Además, la aprobación del inventario (art. 2341) y el avalúo (art. 2343) son requisitos para poder licitar ya que lo son para poder partir (art. 2365). Estos dos requisitos merecen especial atención en cada una de las jurisdicciones en las que se lleve adelante el proceso sucesorio pues si bien los códigos de procedimientos son bastante similares, las prácticas profesionales difieren un tanto.

En la justicia nacional resulta frecuente sustituir el inventario de bienes por la denuncia de bienes (art. 2342 y art. 716, Cód. Proc. Civ. y Com.). En este sentido, los herederos declaran o denuncian, de común acuerdo, cuáles son los bienes integrantes del acervo hereditario sin recurrir a un perito al efecto.

Si bien el art. 2365 estipula como requisito indispensable en todo proceso sucesorio el avalúo y frente a cualquier tipo de partición (16), es frecuente no realizarlo y registrarse por las valuaciones fiscales, recurriendo a aquel únicamente frente a una situación de desavenencia.

Así, estas diferencias en las formas de llevar adelante el proceso sucesorio ponen de manifiesto la necesidad de regular el procedimiento licitatorio dentro de cada código procesal. Aun cuando el art. 2372 es una de las llama-

das normas procesales dentro del Cód. Civ. y Com. es evidente que presenta aspectos que necesitan una regulación local específica. Habría sido auspicioso que el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación lo hubiera incluido en su articulado (17).

En este orden de ideas, merece una apreciación más el hecho de que el art. 2372 revista la característica de norma procesal. Es sabido que en materia sucesoria la ley aplicable es aquella vigente al momento de la muerte del causante, momento en que la ley considera la apertura de la sucesión (art. 7°, Cód. Civ. y Com.). No obstante, ello, en lo que respecta a las normas de naturaleza procesal, se ha entendido que son aplicables a los procedimientos en trámite, siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (18).

Precisamente, de encontrarse en trámite un proceso sucesorio cuya ley aplicable fuera el Código Civil y estando todavía pendientes las etapas de inventario o avalúo o, por lo menos, no aprobadas estas, es decir, no precluidas las instancias de inventario y avalúo, resulta posible solicitar la licitación de algún bien (19).

Ahora bien, más allá de las diferentes prácticas procesales, de conformidad con la normativa vigente, para licitar un bien en el marco de la Justicia Nacional, el o los interesados podrán manifestarlo y solicitar una audiencia de conformidad con el art. 697 del Cód. Proc. Civ. y Com. para plantear la situación y así requerir la designación de un perito tasador a los fines de obtener el avalúo. Recordemos que para ello deben ser todos los copartícipes plenamente capaces, haber sido dictada la declaratoria de herederos o aprobado el testamento

(17) <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n-FINAL-26-de-agosto.pdf>.

(18) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 166.

(19) CCiv., Com., Lab. y Minería de Neuquén, Sala II. Cita online: AR/JUR/18706/2016.

(16) DÍAZ, FUNES GIMÉNEZ y TORNESI SEOANE: “La Partición y el perito partidor en el Código Civil y Comercial de la Nación” en: https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/7544/diaza-funes-gimeneza-tornesi-seoanej.pdf.

y haberse denunciados los bienes integrantes del acervo.

Una vez realizado el avalúo y consentido por las partes se deberá requerir la licitación dentro de los 30 días de aprobado aquel. Deberá existir, de conformidad con el art. 724 del Cód. Proc. Civ. y Com. un auto aprobatorio de estas operaciones a partir del cual comenzará a correr el plazo **(20)**.

Posteriormente, el juez admitirá o rechazará el pedido de licitación y fijará una fecha para aquella. Es probable que en ese auto o previamente, solicite cumplir varios de los requisitos del art. 576 del Cód. Proc. Civ. y Com. pues por analogía y ante la falta de regulación del procedimiento, es posible que se apliquen las normas para la subasta en juicios ejecutivos **(21)**. También fijará la base de esta subasta cerrada que no será otra que el monto del avalúo aprobado.

No se debe perder de vista que "(...) la licitación solo es posible si se ofrece por ellos (los bienes) una cantidad de dinero que supere el monto de la valuación de estos; y ese monto no puede ser otro que el valor real de los bienes al tiempo de la licitación. Esta interpretación no solo responde a la efectiva materialización de los principios de buena fe y prohibición del abuso del derecho, sino que también se encuentra en consonancia con la nueva redacción del libro V del Cód. Civ. y Com. — y en particular con lo dispuesto en el título VIII, relativo a la partición-, que en todo momento auspicia la protección de los valores reales de los bienes del sucesorio, frente a los avatares económicos de nuestro país (...)" **(22)**.

La licitación se realizará en el marco de una audiencia. No se ve objeción a que los copartícipes realicen su oferta a viva voz en ese momento o que, como parte del procedimiento, se les haya instruido a las partes presentarlas previamente en sobre cerrado **(23)**. En cual-

quier caso, quien realice la oferta más alta será quien se adjudique el bien dentro de su hijuela y el precio obtenido será el nuevo avalúo del bien.

El heredero que realizó la mayor oferta paga el precio con su porción hereditaria y si esta no alcanza, depositará el excedente en efectivo. En atención a que la licitación está comprendida dentro del capítulo de partición, se entiende a esta adjudicación del bien como un acto declarativo y no traslativo de dominio. Así, se interpreta que el heredero adjudicatario lo recibe directamente del causante.

El art. 2372 expresamente se refiere a la oferta realizada por dos o más copartícipes. En ese caso, el bien se adjudicará a aquellos y se imputará proporcionalmente a sus hijuelas.

IV. Conclusiones

La elección de la licitación como tema de análisis en este artículo estuvo signada por la búsqueda permanente de soluciones a los conflictos que se presentan en la práctica profesional.

En una primera aproximación, apenas sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación, imaginé que el procedimiento de licitación podría ser una gran ayuda cuando los herederos quedan "unidos" por esa ficción adversa, a mi entender, que es la indivisión forzosa. En este sentido, son muchos y muy frecuentes los conflictos personales y patrimoniales que nacen o se agudizan como consecuencia directa de esa situación.

Empero, del análisis realizado, no parece que este método de partición colabore tanto en ese sentido. Aún existen muchas diferencias en cuanto a su interpretación, sumadas a que no existe una regulación procesal específica, sin mencionar la dificultad al momento de valorar ese bien o bienes que han sido testigos de tantas y tan diversas historias familiares.

A cinco años de la sanción del Código no abunda jurisprudencia al respecto por lo que

(20) Idem 19.

(21) Idem 5.

(22) Idem 10.

(23) Idem 19.

la doctrina continúa analizando el instituto a la luz de aquello que no fue.

De todas formas, de acuerdo con lo analizado, considero que la reincorporación del instituto resulta totalmente acertada pues aún con las dificultades interpretativas que existen para su aplicación, no deja de ser un aliado a la hora de tener que dividir bienes en

casos en los que su partición reviste dificultades.

Por último, recordemos que no se trata de un instituto propio del derecho sucesorio por lo que, con más razón, abogamos por que las próximas reformas de los códigos procesales no se olviden de regularlo.

PERSONA

DOCTRINA

La terapia experimental y la pandemia (*)

José W. Tobías (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Terapia experimental. Concepto.— III. Terapia experimental: empleo *off-label* de productos medicinales. Prescripción de fármacos no autorizados. Uso de prácticas no generalizadas.— IV. La legislación europea.— V. La legislación en algunos países.— VI. Observaciones sobre los denominados “autorización de uso de emergencia”, “programa anticipado de medicamentos” y “recomendación temporal de uso”.— VII. La terapia experimental en la Argentina.— VIII. A modo de conclusiones.

I. Introducción

La elección del tema tiene relación con la sugerencia de que algunas de las comunicaciones de este año se vincularan con la grave pandemia que afecta hoy al mundo. No he dejado de computar, además, algunas advertencias científicas en el sentido de que los países están expuestos a nuevas pandemias, que se atribuyen a variados factores susceptibles de generar *emerging infections*, tales como la tendencia hacia la urbanización que acarrea una mayor densidad poblacional, la gran movilidad de ella (los viajes internacionales), el crecimiento poblacional, la deforestación, el cambio climático (1) y la resistencia antimicrobiana (2).

En ese orden de ideas, adquiere significativa importancia el alcance a atribuir a la noción

(*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 24/09/2020 realizada por la plataforma Zoom.

(**) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) De la exposición “Are we Ready for the Next Pandemic?” del epidemiólogo Peter PIOT en The Royal Institution of Great Britain, Londres el 24/10/2018, <https://youtu.be/en06PYwvpbl>.

(2) De la exposición “Antimicrobial Resistance. The End of Modern Medicine?” de Dame Sally DAVIES en The Royal Institution of Great Britain, Londres el 08/03/2017, https://youtu.be/2H_Ox1vVnTc.

de “terapia experimental” y las complejas y delicadas cuestiones que suscita la eventualidad de ampliar o admitir su vigencia en situaciones de emergencia. Retomo más ampliamente, por ello, un tema que había esbozado en una comunicación anterior (3).

II. Terapia experimental. Concepto

En el contexto de lo señalado, se impone distinguir la “investigación terapéutica” de la llamada “terapia experimental” (que un autor prefiere denominar “terapia alternativa” para evitar el equívoco de su uso como sinónimo de “experimentación”) (4) o, también, designada como “terapia innovativa” o, según algunos —más restrictivamente— “terapia compasiva”.

No obstante la cierta dificultad de establecer el confín entre la “investigación terapéutica” y la “terapia experimental”, se hace necesario determinar el criterio distintivo para precisar, como se verá, no solo el diverso fundamento que las sustenta sino la significativa distinta disciplina jurídica aplicable (5).

(3) TOBIÁS, José W., “La investigación en seres humanos y el art. 58 del nuevo Código Civil y Comercial”, Anticipo de Anales, 55, año LXII, 2ª época, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(4) ZATTI, Paolo, “Maschere del diritto volti della vita”, Giuffrè, Milano, p. 272.

(5) PALERMO FABRIS, Elisabetta, “La sperimentazione clinica: profili giuridici”, in RODOTÀ, S. — ZATTI, P.

Con la expresión “terapia experimental” se alude a aquella terapia innovativa utilizada por el profesional en un caso individual con el único y específico objeto del beneficio del paciente —para una específica patología— en que los tratamientos generalizados o autorizados resultan ineficaces o poco eficaces o no existen o provocan efectos colaterales más o menos graves. La decisión, como se dijo, debe estar orientada al exclusivo interés del paciente y alejada de finalidades de experiencia científica individual (aunque en un sentido, ella es también experimental, ya que, no se está en presencia de una intervención de aplicación autorizada o generalizada en la común práctica clínica o quirúrgica).

La investigación terapéutica por el contrario está dirigida a resguardar, no solo el interés de las personas que participan en el procedimiento sino, además, a generalizar un determinado tratamiento, prescripción o diagnóstico terapéutico tendiente a extenderlo y convertirlo en una común práctica médica en beneficio de un número indeterminado de futuros pacientes, de modo que puedan acceder al sistema sanitario generalizándose su empleo (el llamado “saber generalizable”) y no es sustituible por la intuición o la valorización de un profesional para el caso individual (6). Cuando se trata de la prescripción de un medicamento, requiere de la existencia de un protocolo aprobado por un comité de evaluación de ética en la investigación y la autorización del organismo regulatorio.

Se ha afirmado que la finalidad de la terapia experimental es una manifestación del derecho del paciente a valerse de terapias innovativas aún no generalizadas o aprobadas (el avance de los conocimientos científicos es mayor que el de los procedimientos administrativos) y de la correlativa facultad del profesional de practicarlas con base en su propia valoración para un caso individual —aunque sustentada, como se verá, en respaldos científicos— insertada en una relación de colaboración y confianza con el paciente. Asimismo, que constituye uno de los instrumentos de adecuación constante de los conocimientos en el ámbito médico tendientes

a resguardar las particulares necesidades de un paciente individual (7).

Pero, aun así, la facultad del profesional de emplear una terapia experimental —incluso con el asentimiento del paciente— no puede ser ciertamente ilimitada: es que están en juego el derecho personalísimo a la salud o la vida del paciente. Independientemente de que es perceptible que su aplicación se realiza con base en la indelegable responsabilidad del médico, la circunstancia de que no se trate de una práctica generalizada y aprobada requiere, al menos, que se sustente en fundamentos científicos o de experiencia que justifiquen su aplicación en el caso concreto. Es el corolario de que se está en presencia de una intervención cuyos beneficios aún no están probados y que pueden, por ello, comprometer derechos personalísimos como la salud o la vida: en rigor, son los tratamientos que han sido consolidados por una práctica generalizada científicamente reconocida o las prescripciones de fármacos resultantes de una experimentación aprobada los que garantizan las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos se cumplan (8).

El tema de la terapia experimental plantea complejos interrogantes: la limitación de su uso puede ser objetada considerando que es una restricción inadecuada a la libertad diagnóstica y terapéutica del profesional y, a la vez, una limitación del derecho del paciente —en resguardo de su salud o vida— a valerse de determinadas prácticas no generalizadas ni autorizadas cuando las últimas han sido refractarias al tratamiento (o directamente no existen). La generalización de su uso, como contrapartida, además de suponer un cuestionamiento a la actividad reguladora y fiscalizadora de la autoridad administrativa, es susceptible de generar daños a la salud o la vida atendiendo, precisamente, a la ausencia de una técnica generalizada o un procedimiento investigativo previo que posibilite afirmar su seguridad y su eficacia.

Como se puede advertir, se presenta el delicado dilema de balancear adecuadamente el acceso temprano a las terapias o drogas para los

(dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, ps. 650 y ss.

(6) ZATTI, Paolo, ob. cit., p. 283.

(7) PALERMO FABRIS, Elisabetta, ob. cit., p. 652.

(8) CS, 29/05/2000, Fallos 333:690.

pacientes con la necesidad de establecer un adecuado conocimiento de los riesgos y beneficios.

Particular relevancia en el tema cabe atribuir a la Declaración de Helsinki (1964) de la 8ª Asamblea de la Asociación Médica Mundial y a su revisión realizada por la Declaración de Tokio (1975) —también conocida como la 2ª Declaración de Helsinki— producida por la 29ª Asamblea Médica Mundial, que ha sido seguida por nuevas actualizaciones y revisiones: Venecia (1983), Hong Kong (1989), Somerset West (1996), Edimburgo (2000), Seúl (2008), Brasil (2013), con dos notas de clarificación en Washington (2002) y Tokio (2004). En otras oportunidades he destacado que ella refleja el acuerdo de la comunidad médica internacional (hoy, 114 asociaciones médicas nacionales) y que su contenido reviste un valor ético universal, siendo un punto de referencia ineludible en lo atinente a los temas que se consideran. He resaltado, asimismo, que sus disposiciones, debido a la extensión de su aplicación en el ámbito local e internacional, se han convertido en prácticas reiteradas, uniformes, extendidas, continuas a las que se someten los intervinientes en las investigaciones y terapias experimentales por considerar que tienen un valor vinculante y agregado que puede decirse, por ello, que sus disposiciones son normas consuetudinarias (9).

El tema de la terapia experimental ha sido considerado por la Declaración de Helsinki en su formulación actual. Dice el párr. 37: “Cuando en la atención de un enfermo las intervenciones probadas no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el médico después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, puede permitirse usar intervenciones no comprobadas si, a su juicio, ellas dan alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento. Tales intervenciones deben ser investigadas

posteriormente a fin de evaluar su seguridad y eficacia. En todos los casos, esa información nueva debe ser registrada y, cuando sea oportuno, puesta a disposición del público”.

III. Terapia experimental: empleo *off-label* de productos medicinales. Prescripción de fármacos no autorizados. Uso de prácticas no generalizadas

En la práctica, la terapia experimental tiene particular extensión en la aplicación de una de sus especies: la llamada terapia de fármacos *off-label* (o “fuera de etiqueta”). Se alude con ello a la prescripción de fármacos de una manera diferente a la aprobada por la autoridad reguladora, sea en dosis distintas, sea para distintos subgrupos de pacientes (v.gr., menores en vez de adultos), sea para una enfermedad distinta, sea por una vía de administración diferente, sea por una duración del tratamiento distinta. En esa dirección, se la caracteriza como el uso de un agente terapéutico para una indicación no aprobada o en un grupo de edad no aprobado o en diferentes dosis, duración o vía de administración.

Se ha llamado la atención acerca de la extensión de la práctica *off-label* que, al parecer, es más empleada en la atención de la población pediátrica o de mujeres embarazadas, debido a lo que se consideran dificultades éticas y metodológicas de los ensayos clínicos en ellos y que también serían áreas de extensión de la práctica *off-label* las especialidades de obstetricia, oncología, hematología, psiquiatría y reumatología (10).

La utilización de medicamentos en situaciones no aprobadas puede originarse en factores diversos: entre otros, los fracasos de los medicamentos aprobados en el caso individual (particularmente, en los supuestos en que se trate de un proceso grave o incapacitante); el desinterés económico de las empresas farmacológicas para

(9) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil - Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 242; INMACOLATO, Mariella — MORI, Maurizio, “Comitati etici per la sperimentazione: Storia, funzioni, problema”, in RODO-TÀ, S. — ZATTI, P. (dir.), ob. cit., p. 708, quienes recuerdan que alguien ha observado que proviniendo de la comunidad médica debe ser “considerada propiedad de la misma humanidad”.

(10) AGUAYO CANELA, Mariano, “Luces y sombras de la prescripción de medicamentos off-label (fuera de su indicación)”, Rev. Gestión Clínica y Sanitaria, 3, vol. 18, 2016. Afirma el autor que es una práctica extendida y frecuente en todo el mundo, que comprendería a uno de cada cinco tratamientos y que es todavía más frecuente y puede llegar a alcanzar hasta la mitad en especialidades como pediatría, oncología y las otras especialidades que menciona.

impulsar nuevos estudios en enfermedades poco frecuentes debido a los altos costos del proceso investigativo (pese a las perspectivas que resultan de publicaciones científicas); la inexistencia de alternativas aprobadas disponibles. A ello se agregan las menciones al incremento de los requisitos del proceso investigativo que inciden en los costos y su influencia en el valor de comercialización de un nuevo producto medicinal o la circunstancia de que se haya autorizado para un grupo de personas distinto —adultos— en razón de las dificultades técnicas y legales para la investigación en otro grupo, como el de menores (“no podemos investigar el producto en menores pero debemos usarlo en menores”); tampoco es ajena la presión de los pacientes que insisten en la aplicación de determinadas farmacoterapias (en ocasiones, influenciados indebidamente por menciones en las redes sociales o los medios de comunicación).

Otra modalidad de terapia experimental es el empleo de medicamentos no autorizados que se encuentran en proceso de investigación al que se le atribuyen perspectivas favorables (sin que el paciente esté en condiciones de acceder a la investigación).

Una situación particular —en materia de prescripción— se plantea cuando un determinado medicamento está autorizado en un determinado país y no en otro, sea porque el laboratorio no ha solicitado la autorización en el último, sea porque la agencia reguladora tiene exigencias o criterios aprobatorios diferentes que en el primero. En nuestro país, la disp. ANMAT 4616/2019 contempla un régimen de excepción de accesibilidad a la importación de medicamentos no registrados pero que sí lo están en los países mencionados en el dec. 150/1992 para el tratamiento de un paciente en particular o que sean requeridos por la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación para tratar una emergencia sanitaria o que no se encuentren disponibles en el país de manera permanente o transitoria.

Una nueva situación se plantea con relación al llamado “uso compasivo” de medicamentos o terapias. Se lo ha caracterizado como el acto médico de empleo de un medicamento o terapia bajo la prescripción de un profesional, que hace empleo prematuro de conocimientos científicos preliminares, aunque dotado de una base

racional de probable beneficio para un determinado paciente cuando hay compromiso de vida del paciente o deterioro significativo de la calidad de vida (11).

Es la llamada “terapia experimental compasiva”. No deja de ser “experimental” (en el sentido de que es una terapia innovativa) y consagra un principio muy arraigado en la historia de la ciencia médica: fue proclamado por el papa Pío XII con motivo de la VIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial (12) y se encuentra admitido por el art. 557 del Código de Ética del Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina que, en los casos que enuncia en los artículos anteriores (supuestos de enfermedades graves), posibilita la “terapia experimental mediante acuerdo del asistido o, en su defecto, consentimiento de sus representantes, cuando la ponderación de ventajas y riesgos derivados de la misma lo justifiquen, en función exclusiva del interés afectado”.

La llamada terapia compasiva puede considerarse como un equivalente de la terapia experimental si se considera que es requisito de la licitud de la última la existencia de un compromiso de vida o de un deterioro significativo de la calidad de ella o, en cambio —según lo creo— como una especie del género terapia experimental si se le atribuye a esta última un significado más extenso (no circunscripta su licitud al compromiso o calidad de vida).

IV. La legislación europea

La legislación europea carece de regulación específica acerca de la manera de prescribir los productos “fuera de etiqueta”: se considera, al

(11) FLAH, Lily H., “Bioética en la experimentación con seres humanos”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 175.

(12) Dijo allí que “se comprende que la investigación y la práctica médica no puedan prescindir de toda experimentación en el hombre vivo. Pero se trata de saber cuáles son las condiciones necesarias de la experimentación, sus límites, sus obstáculos, sus decisivos principios básicos. En los casos desesperados, cuando el enfermo está perdido si no se interviene y cuando existe un medicamento, un medio, una operación que sin excluir todo peligro guardan todavía cierta posibilidad de éxito, un espíritu recto y reflexivo admite, sin más que el médico puede, con el consentimiento explícito o tácito del paciente, proceder a la aplicación de este tratamiento”.

parecer, que se trata de una decisión adoptada en el ámbito de la relación entre el paciente y el profesional. En ese orden, la Corte Europea de Justicia ha afirmado que “la prescripción *off-label* no está prohibida, ni siquiera regulada por la legislación europea” y que “no existen disposiciones que prevengan a los doctores de prescribir un producto medicinal para indicaciones terapéuticas distintas a las que se han autorizado” (13). Ello no es obstáculo para que se afirme simultáneamente que la situación se debe regir por las reglas éticas y legales de la actuación profesional, de la vigencia del *criminal law* y, consiguientemente, que el uso *off-label* debe ser evaluado en concordancia con ella (14).

La directiva 2001/83 del Parlamento Europeo, no obstante, contempla criterios generales y faculta a los Estados miembros a prever disposiciones especiales para los medicamentos *off-label* que se suministren atendiendo a una solicitud de buena fe basada en *special needs* (necesidades especiales), emitida de acuerdo con la prescripción de un facultativo reconocido y que se destine a un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa (art. 5.1) (llamada *patient supply*) (15). También, a autorizar temporalmente la distribución de medicamentos no autorizados en respuesta a la propagación supuesta o confirmada de un agente patógeno o químico, toxina o radiación nuclear capaz de causar daños (art. 5.2) (llamada *emergency situations*).

(13) T-452/14, “Laboratories CTRS vs. Comisión” (11/06/2015).

(14) Del “Study on off-label use of medicinal products in the European Union” elaborado por la Comisión de Expertos designado por la “Comisión Europea - Directory - General for Health and Food Safety”, <https://bit.ly/3kCjGZa>.

(15) Precisando el alcance de las *special needs*, la Corte Europea de Justicia ha considerado que la aplicación es de carácter excepcional a fin de preservar los efectos del procedimiento de autorización de comercialización de medicamentos, y que solo debe ser usado teniendo en cuenta las necesidades individuales de los pacientes y basadas en consideraciones puramente terapéuticas; no se configura la excepción cuando existen productos médicos en el mercado con los mismos agentes químicos (“Comisión vs. Poland” [C-544-13]). Sobre ello, MARJOLEIN, Weda y otros, “Study on off label use of medicinal products in the European Union”, disponible en <https://ec.europa.eu/health/sites//files/documents/>.

La *regulation* (EC) 726/2004 del mismo Parlamento Europeo (art. 83), a su vez, establece que los Estados miembros —a través del art. 6º de la directiva 2001/83— pueden permitir la prescripción de determinados productos no autorizados para uso compasivo de grupos de personas que tienen una enfermedad sin terapias autorizadas satisfactorias y que no pueden entrar en ensayos clínicos. El medicamento debe estar siendo sometido a investigaciones clínicas o haber ingresado al proceso de aplicación para una autorización de comercialización. Se requiere que el fármaco se aplique a pacientes con enfermedades potencialmente mortales, duraderas o gravemente debilitantes que no puedan tratarse con un medicamento autorizado (llamado “*compassionate use program* - CUP”).

V. La legislación en algunos países

El tema de la terapia *off-label* fue materia de regulación especial por el legislador italiano, de las resultas de los extensos debates científicos que generó en ese país la denominada “terapia Di Bella” (una prescripción de fármacos antitumorales fuera de etiqueta) (16). Ella generó una extendida polémica en Italia, sobre todo en los años 1997 y 1998, que provocó, a la par de críticas científicas, el respaldo de pacientes oncológicos y sus familias que se trasladaron, incluso, al ámbito político y condujeron a la realización de análisis clínicos en hospitales públicos. Los resultados —cuestionados por Di Bella— fueron insatisfactorios. La polémica subsistió después de su fallecimiento (2003) a través de la Fundación Di Bella dirigida por dos hijos suyos. Las indicadas normas (ley 94/1998) contemplan que en casos individuales el médico puede, bajo su exclusiva responsabilidad y previo consentimiento del paciente, emplear un fármaco producido industrialmente para una indicación o una vía o modalidad de suministro o de utilización diversa a la autorizada, en los casos que asuma que el paciente no puede ser útilmente tratado con la medicina y las dosis aprobadas y siempre que su empleo encuentre respaldo en

(16) Se trató de un caso de empleo de fármacos en pacientes oncológicos no aprobados en la composición empleada para el destino terapéutico prescripto, según una evaluación del médico tratante fundada en “argumento opinable, mas no peregrino” (ZATTI, Paolo, ob. cit., p. 276).

publicaciones científicas acreditadas en el ámbito internacional (art. 3º).

En España, el real decreto 1015/2009 prescribe, a su vez, que la “utilización de medicamentos autorizados en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica tendrá carácter excepcional y se limitará a las situaciones en las que se carezca de alternativas terapéuticas autorizadas para un determinado paciente, respetando en su caso las restricciones que se hayan establecido ligados a la prescripción y/o dispensación del medicamento y el protocolo terapéutico asistencial del centro sanitario. El médico responsable del tratamiento deberá justificar convenientemente en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento e informar al paciente de los posibles beneficios y los riesgos potenciales, obteniendo su consentimiento [...]. La Agencia podrá elaborar recomendaciones de uso” (art. 13). Corolario de ello es que abarca la utilización en una indicación terapéutica no autorizada y, además, en cualquier circunstancia de uso diferente a la recogida por la ficha técnica (diferentes rangos de edad, grupos poblacionales, dosis, intervalos, duración, vías o formas de administración de las autorizadas) (17).

En el Reino Unido, el National Institute for Health and Care Excellence - NICE (Instituto Nacional de la Salud y Cuidados de Excelencia) ha elaborado un procedimiento conocido por las siglas ESUOM (“Evidence summaries. Unlicensed and off-label medicines”) para el National Health Institute (NHS) (Instituto Nacional de Salud), que provee resúmenes actualizados de la información publicada sobre el uso de determinados medicamentos no autorizados o de su uso “fuera de etiqueta” para enfermedades específicas, que incluyen una evaluación crítica de evidencia a favor y en contra, sin producir recomendaciones (de importancia para médicos y pacientes para adoptar decisiones informadas). Se emiten en situaciones de emergencia (normalmente cuando no hay alternativas de medicamentos autorizados clínicamente apropiados) y selecciona medicamentos no autorizados o fuera del formulario terapéutico apropiados para una cantidad de personas sig-

nificativa y considerados de importancia para el NHS (18).

Las “Good practice in prescribing and managing medicines and devices” elaboradas por el General Medical Council (2013), a su vez, establecen que se puede prescribir *unlicensed medicines* (medicamentos sin licencia) siempre que un producto autorizado no responda a la necesidad del paciente; que exista suficiente evidencia o experiencia en el uso del producto que posibiliten su seguridad y eficacia; que el profesional se haga responsable del control del paciente —incluyendo su monitoreo y seguimiento— y que anote en la historia clínica las razones de haber elegido una prescripción que no adopta la práctica común, además de asegurarse de que el paciente está notificado que se trata de un tratamiento no autorizado y que ha sido informado de los fundamentos de la prescripción (19).

Asimismo, el Reino Unido implementó en el año 2014 el Early Access to Medicines Scheme - EAMS (Programa Anticipado de Medicamentos) cuyo objetivo —cuando existe una clara necesidad médica no satisfecha— es que pacientes con riesgo de vida o una evolución gravemente debilitante tengan acceso a medicamentos carentes aún de una autorización de comercialización. A esos fines, la compañía farmacéutica solicita a la Medicine and Health Care Products Regulatory Agency - MHRA (Agencia Reguladora de Medicamentos y Productos Sanitarios) una opinión científica que describa los riesgos y los beneficios del medicamento y una designación de “*promising innovative medicine - PIM*” (medicina innovativa prometedora). La designación PIM es indicativa de que un fármaco puede ser

(18) NICE ESUOM, 2013, last updated 2017, <https://www.nice.org.uk/process/pmg14/chapter/introduction>. Los ESUOM son elaborados por el Medicine and Prescribing Center que forma parte del Centre for Clinical Practice (CCP) de NICE, consultando a otros organismos o personas: entre ellos, Unlicensed and off-label medicines, Priorisation Panel, Royal College of Pediatrics and Child Health (RCPCH), Medicine and Health Care Products Regulatory Agency (MHRA), además de profesionales expertos en el área en que el medicamento podría ser utilizado y de sus fabricantes (a quienes se invita a brindar información relevante y se les formulan preguntas específicas).

(19) <https://bit.ly/3itfkSq>.

(17) AGUAYO CANELA, Mariano, ob. cit.

elegible para el EAMS basado en datos clínicos tempranos y puede emitirse varios años antes que el producto tenga una autorización de comercialización (20). Importa señalar que con motivo de la pandemia COVID-19, la Agencia Reguladora, el 26/05/2020, emitió un dictamen científico de EAMS para el fármaco remdesivir del laboratorio Gilead Sciences Inc. (21).

El derecho francés, por su parte, tras el escándalo de “Mediator” (22) sancionó la ley 2011-2012 que implementó —además de reconocer el derecho de los médicos a recetar medicamentos fuera de su etiqueta para uso de un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa y en interés exclusivo del paciente (solo en ausencia de una alternativa farmacológica adecuada autorizada, siempre que lo considere esencial en vista de los conocimientos científicos y para mejorar o estabilizar la condición clínica de su paciente)— la llamada *recommandation temporaire d'utilisation* (recomendación temporal de uso). El objetivo es asegurar el uso de drogas fuera de etiqueta por un período limitado de tiempo en el que las empresas deben supervisar y monitorear su uso, con la expectativa, dependiendo de los resultados, de que inicien el proceso de autorización.

Luego de sucesivas modificaciones, la última por ley 2019-1446, el art. L5121-12-1 del Código de la Salud Pública posibilita que la Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des Produits de Santé - ANSM (Agencia Nacional para la Seguridad de Medicamentos y Productos Sanitarios) emita una recomendación temporal de uso de un fármaco no autorizado para una patología específica con determinados requisitos de empleo (basándose en el trabajo de profesionales de la salud de las especialidades; de resulta-

(20) <https://bit.ly/33NzouE>.

(21) Remdesivir es un medicamento antiviral que se aplicó a pacientes de ébola. La European Medical Agency (EMA) —25/06/2020— había recomendado su utilización condicional (lo cual supone la necesidad de ampliar los datos de eficacia y seguridad) y la Comisión Europea autorizó su uso para el COVID-19.

(22) Un fármaco —benfluorex— que fue aprobado para el tratamiento de la diabetes, se empleó comúnmente como un medicamento anoréxico y causó enfermedades cardíacas valvulares, a veces mortales.

dos terapéuticos de aplicaciones y de protocolos de centros asistenciales).

Ella tiene por finalidad posibilitar su uso por un período limitado de tiempo —renovable— en el que el laboratorio titular de la autorización de comercialización, como regla, debe cumplir un protocolo de monitoreo del paciente, comprensivo de información sobre la eficacia, los efectos adversos y las formas de uso del fármaco. El prescriptor, a su vez, informa al paciente que el fármaco no cuenta con la autorización de comercialización o la existencia de la recomendación temporal, los riesgos, las limitaciones y los beneficios esperados (23).

En los Estados Unidos, incumbe a la Federal Drug Administration (FDA) todo lo concerniente a la evaluación y la autorización de productos, como fármacos, tests diagnósticos y otros productos médicos, de acuerdo con la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos (Federal Food, Drug and Cosmetic Act - FD&C Act). La sección 564 del acta autoriza a su comisionado a emitir *emergency use authorization -EUA* (autorización de uso de emergencia), de medicamentos no autorizados o usos no aprobados de productos médicos autorizados (además de tests diagnósticos y otros productos médicos), para que se utilicen en una emergencia para diagnosticar, tratar o prevenir enfermedades o condiciones graves o potencialmente mortales causadas por agentes de amenazas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares, cuando no hay alternativas adecuadas, aptas y disponibles, facilitando la disponibilidad y el uso de MCM (*medical counter measures* o contramedidas médicas) necesarias durante la emergencia de salud pública.

En ejercicio de esas facultades, el 4 de febrero pasado, la FDA a raíz de la actual pandemia declaró la emergencia sanitaria y el 27 de marzo debido a la existencia de circunstancias que consideró que lo justificaban, emitió una autorización de uso de emergencia para el empleo de los medicamentos hidroxicloroquina y cloroquina en casos de COVID-19. Con posterioridad

(23) La receta debe contener la mención “Prescripción sin autorización de comercialización” o, en su caso, “Prescripción bajo recomendación temporal de uso” (<https://bit.ly/3aeeg1X>).

—el 15 de junio— revocó esa autorización debido a los efectos adversos detectados y antes —el 1 de mayo— había emitido otra autorización de uso de emergencia al laboratorio Gilead Sciences Inc. para el empleo del fármaco remdesivir a pacientes pediátricos y adultos hospitalizados, en casos de sospecha o confirmación de laboratorio de personas con COVID-19 graves (24). Más recientemente, a fines de agosto, emitíó una autorización de uso de emergencia para el llamado “plasma de convaleciente”.

Lo cierto es que, en determinadas circunstancias, la llamada terapia experimental es un acto médico legal, siempre que concurren determinados requisitos que varían según el país. En realidad, su caracterización —además— es de un alcance nacional limitado, lo cual resulta de la señalada circunstancia de que un determinado medicamento tenga un uso autorizado en un país y no en otro.

VI. Observaciones sobre los denominados “autorización de uso de emergencia”, “programa anticipado de medicamentos” y “recomendación temporal de uso”

Los regímenes legales existentes en los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia plantean el interrogante de su conveniencia para afrontar circunstancias de excepción (como una pandemia) a través de la concesión de facultades a los organismos administrativos para autorizar temporalmente el empleo de fármacos no auto-

rizados o su uso para patologías distintas a las autorizadas (en realidad, que podrían ser extensibles también a tests diagnósticos, empleo de productos biológicos u otros tratamientos).

Es difícil una respuesta en abstracto: al argumento de que ello posibilita en ocasiones a los pacientes el acceso anticipado al extenso y costoso procedimiento de autorización —resguardando de ese modo su derecho a la salud y la vida— se le ha observado que los limitados y anecdóticos estudios y experiencias en que se basan (que no necesariamente configuran evidencia sustancial acerca de su seguridad y eficacia) sumados a la presión que las circunstancias conllevan para los organismos que los autorizan, pueden conducir a decisiones apresuradas que en vez de resguardar los mencionados derechos los menoscaben o alteren (se ejemplifica con la autorización de uso de emergencia emitida por la Federal Drug Administration para el empleo de cloroquina e hidroxiclороquina, que experiencias posteriores indujeron a su revocación) (25). En el caso de fármacos autorizados para otras patologías, se agrega que su uso innovativo puede acarrear limitaciones al acceso (por exceso de demanda) para pacientes que los necesitan para el uso autorizado (26).

Empero, las observaciones apuntan más a cuestionar la tentación de aprobar temporalmente el uso de terapias o drogas no sometidas a rigurosas evaluaciones clínicas (aun en espacios limitados de tiempo), que a cuestionar el régimen mismo de emitir recomendaciones o autorizaciones de uso temporarias fundadas en circunstancias de verdadera excepción. El empleo razonado y fundado de estos mecanismos de excepción es criterio de justicia superior al de su inexistencia (que terminaría conduciendo a la decisión de un profesional individual con su paciente —fundado, sea en el uso compasivo o en la libertad de prescripción— seguramente con la ausencia de los elementos de juicio con que cuentan los organismos administrativos competentes).

(25) Al parecer, se estableció que acarrearía riesgos documentados en ausencia de claros beneficios clínicos.

(26) Sobre estos cuestionamientos, ROME, Benjamin — AVORN, Jerry, “Drug evaluation during the COVID-19 Pandemic”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 382, p. 2284.

(24) La autorización se basó en la revisión de los resultados del “randomizado doble ciego” (ensayo controlado aleatorizado —el grupo de tratamiento y el de control tienen características iguales— en el que ni los investigadores ni los participantes conocen el tratamiento), y en la investigación placebo controlada por NIAID, además, de la investigación open label (ensayo abierto en que tanto los investigadores como los participantes conocen la naturaleza del tratamiento) del laboratorio Gilead Sciences Inc., lo cual llevó a estimar que era razonable suponer que los potenciales beneficios eran superiores a los potenciales riesgos. Impuso al laboratorio, entre otras condiciones, la de informar a la FDA severos efectos adversos y otros errores médicos asociados al uso del medicamento que le fueran reportados (<https://www.fda.gov/media/137564/download>). El 7 de mayo pasado el laboratorio Gilead Sciences Inc. anunció que Japón otorgó la aprobación regulatoria de Veklery (remdesivir) como tratamiento para la infección SARS-COV-2, bajo una vía de aprobación excepcional (<https://bit.ly/2CfNDgm>).

VII. La terapia experimental en la Argentina

VII.1. ANMAT. Disposiciones

En nuestro país, incumbe a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) el control sobre la calidad y sanidad de medicamentos y productos de uso y aplicación en la medicina humana, entre ellas la de autorizar, certificar, inscribir y registrar los medicamentos en el Registro de Especialidades Medicinales (REM). Verificadas la calidad, la eficiencia y la seguridad del producto a través del correspondiente proceso investigativo, la ANMAT autoriza su inscripción en el REM y la comercialización con las precisiones que debe contener el respectivo prospecto (dec. 1490/1992).

En el carácter señalado, en un comunicado de fecha 30/03/2016, el organismo ha precisado que “solo puede expedirse sobre la aprobación del uso del medicamento para las indicaciones médicas solicitadas”, no obstante lo cual ha precisado que ello no significa que la indicación de un medicamento para otras situaciones clínicas esté prohibida por la ANMAT (27).

Empero, en la disp. 840/1995 el organismo regula el uso compasivo de medicamentos, estableciendo que es posible acceder a un fármaco para su uso individual en patologías para las que no hay un tratamiento específico o frente al cual, si lo hubiere, el paciente hubiere manifestado intolerancia o no hubiese presentado respuesta, siempre que exista una relación riesgo/beneficio favorable para el paciente. Debe tratarse de enfermedades que comprometan la vida del paciente, que evolucionen hacia la invalidez, que incapaciten permanentemente o deterioren la calidad de vida. La droga en cues-

(27) Y agrega: “Simplemente significa que esas otras indicaciones (llamadas off-label) no fueron evaluadas, pues en el proceso de registro no fue solicitada la verificación de la calidad, eficacia y seguridad del tratamiento para esa finalidad. Las indicaciones off-label son de exclusiva responsabilidad del médico tratante, quien las realiza en el pleno ejercicio de su actividad profesional, basándose en su experiencia, y en el conocimiento científico disponible, motivado por la necesidad de brindar una respuesta a problemas de salud para los cuales no existan estándares de tratamiento o que, en caso de existir, los mismos sean de muy difícil acceso”.

tion debe al menos haber completado la fase II de investigación para la enfermedad o síntoma que se indica y debe existir una publicación de prestigio reconocida que confirme la prescripción, además de un estudio clínico. El profesional, por otra parte, debe reportar en forma inmediata a la ANMAT los efectos adversos de la droga y efectuar reportes periódicos acerca de la evolución del paciente (art. 2.3).

Se trata, en realidad, de una disposición que legitima el empleo de un fármaco para la patología de que se trata, aún en proceso de investigación, cuando concurren las circunstancias que menciona. Independientemente de ello, la disp. ANMAT 1646/2019 —como se dijo— faculta la importación de fármacos no registrados en el país, pero autorizados en los países que menciona en un anexo en los casos de excepción que señala.

VII.2. La jurisprudencia

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado, en ocasiones, acerca de la naturaleza de estas prescripciones. En un fallo, por ejemplo, se dijo, “la administración de un medicamento *off-label* (o fuera de etiqueta) no está prohibida por ley [...] su uso alternativo no fue evaluado en el proceso de registro por no haberse requerido la verificación de la calidad, eficacia y seguridad distinta a la registrada. En otros términos, el uso fuera de la indicación es la práctica de prescripción de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas, ya sea para un grupo de edad distinto, patologías, dosis o formas de administración diferentes a la indicación oficial que figura en el prospecto” (28).

El tema se ha considerado en oportunidad de reclamos tendientes a la cobertura económica de terapias experimentales por las obras sociales y las entidades de medicina prepaga. No obstante que la cuestión se mezcla con el alcance del deber de cobertura de estas entidades, es perceptible que el acogimiento de la pretensión (fundado, en este aspecto, en la circunstancia de que el Programa Médico Obligatorio establece un piso mínimo de cobertura, no taxativo) supone —correlativamente— admitir la licitud de la prescripción no autorizada o autorizada para

(28) CNCiv., sala A, 07/06/2018, AR/JUR/33227/18.

situaciones distintas (al menos según las circunstancias de cada caso).

Los fallos reflejan la dificultad que supone balancear el tener acceso prematuro a las nuevas técnicas y fármacos con la necesidad de evaluar su seguridad y eficacia. Así, se hizo lugar a las pretensiones, en un caso con el argumento de un “derecho a la esperanza” en la mejora de la salud (29); en otro, fundado en un informe del Cuerpo Médico Forense acerca de los buenos resultados del procedimiento (30); en otro por tratarse del uso compasivo de un medicamento, máxime cuando no obraban en el expediente elementos que acreditaran tratamientos disponibles (31) o por considerar que era la única posibilidad que tendría la actora de salvar la vida, como lo señalaron los médicos consultados en la causa (32) y, también, prescindiendo de que el fármaco estuviera autorizado para un uso distinto al indicado por el profesional (33). En otro fallo, aunque se desestimó el reclamo, se dispuso incluir al actor en un protocolo experimental previo al cumplimiento de los requisitos que enunció (34). Pero otra resolución, en cambio, desestimó la pretensión con el fundamento de que no se contaba con ensayos clínicos que demostraran su eficacia (35).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte —más restrictiva— ha desestimado pretensiones por considerar que el tratamiento se hallaba en etapa experimental (36) o por entender que la medicación estaba autorizada, pero

(29) CNFed. Civ. y Com., sala II, 27/05/2008.

(30) CNFed. Civ. y Com., sala II, 15/08/2008.

(31) CNFed. Civ. y Com., sala II, 29/12/2017, JA 2018-II, 447, con nota de Agustina TAVERNA (“Los jueces como custodios de los derechos a la salud de personas con discapacidad”).

(32) JFed. N.º 2, Secr. N.º 1 (expte. 81821/12) citado por FLAH, Lily, ob. cit., p. 175, nota 38.

(33) Adenocarcinoma mamario con metástasis progresiva aprobado para hepatitis crónica refractaria (CFed. Gral. Roca, 18/11/1989).

(34) CC Administrativa La Plata, 30/11/2010, AR/JUR/76322/2010.

(35) CNFed. Civ. y Com., sala III, RDFyP, 9, año II, p. 299.

(36) CS, 19/05/2010, Fallos 333:600.

para una patología distinta a la que se requería por la enfermedad del paciente (37). Más lejos en el tiempo, se había expedido en ese sentido con motivo del reclamo del actor para que se le aplicara el complejo crotoxina, a cuyo fin había afirmado que “sin negar ni afirmar las eventuales propiedades de una sustancia, su puesta en el mercado no es función que compete a los jueces, sino al organismo administrativo encargado de cuanto compete a la farmacología” (38).

VII.3. La situación de la terapia experimental. Libertad de prescripción. Límites

Se ha visto que el empleo de la terapia experimental no está prohibido en nuestro país y que ella puede ser prescrita por el profesional con base en la libertad de prescripción, *aunque bajo su exclusiva responsabilidad*. Se impone determinar, de ese modo, cuál es el estándar de diligencia exigible al profesional, es decir, bajo qué circunstancias aquel puede prescribir una determinada terapia o un medicamento no autorizado o un uso *off-label* de determinados medicamentos autorizados para poder concluir que ha actuado con la diligencia debida o, inversamente, que ha incurrido en un obrar culposo dañoso) (arg. art. 1724, Cód. Civ. y Com.).

En la consideración del tema se debe partir de la pauta esencial de que están en juego los derechos personalísimos a la salud y la vida y que su resguardo, a la par de requerir en ocasiones el acceso anticipado a terapias no generalizadas o fármacos no autorizados o prescripciones *off-label*, requiere en otras ocasiones evitar el empleo de ese tipo de prácticas o prescripciones que, por la ausencia de certezas acerca de su seguridad y eficacia, pueden comprometerlos gravemente.

Es de interés recordar para ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que las normas éticas son criterios idóneos para apreciar la diligencia debida en cuanto al obrar médico y que no cabe, por ello, “privar a las normas éticas de relevancia jurídica” (39). En ese orden, si bien los códigos de ética médica y

(37) CS, 20/05/2014, I.85 XLVII.

(38) CS, 27/01/87, LA LEY, 1987-B, 311.

(39) CS, Fallos 306:179.

del equipo de salud de entidades nacionales (la Confederación Médica de la República Argentina y la Asociación Médica Argentina respectivamente) establecen el principio de la libertad de prescripción (40), lo limitan drásticamente en otras disposiciones (41).

Algunas conclusiones provisorias pueden ser las que propongo en el número siguiente, a propósito de las cuales ya se ha hecho hincapié en la dificultad de balancear el derecho del paciente a acceder a terapias novedosas o avanzadas y al mismo derecho a acceder a terapias seguras y eficaces. Un prestigioso autor presenta la cuestión en términos parecidos: por un lado, la necesidad de regular la experimentación y de

(40) El art. 111 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina dice: “El médico debe disponer de libertad de prescripción y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad”; el art. 204: “El médico tiene derecho a prescribir el medicamento que considere más conveniente y el procedimiento diagnóstico o terapéutico que crea más acertado” y el art. 209: “Todo médico tiene el derecho de ejercer y recetar libremente de acuerdo con su ciencia y conciencia”. El art. 60 del Código de Ética del Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina (2ª ed.), a su vez, prescribe: “los miembros del Equipo de Salud deben defender la libertad de prescripción, dado que como ‘acto médico’ asumen la responsabilidad ética y legal de los resultados de dicha actividad”.

(41) Dice el art. 27 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina: “El médico no confiará sus enfermos a la aplicación de cualquier medio diagnóstico, nuevo o no, que no haya sido sometido previamente al control de las autoridades científicas reconocidas” y el art. 151: “El médico está obligado a utilizar prácticas validadas. No es deontológico usar procedimientos no autorizados, a no ser que formen parte de un proyecto de investigación debidamente autorizado”. El art. 67 del Código de Ética del Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina, a su vez, dice: “Los miembros del Equipo de Salud son responsables de los riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos, de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar procedimientos o tratamientos que no estén validados científicamente” y el art. 321, párr. 2º: “No deben aplicarse nuevos sistemas o procedimientos especiales, curas o modificaciones, aun en discusión, respecto de cuya eficacia no se han expedido definitivamente las instituciones oficiales o científicas”, el art. 557, finalmente (inserto en el capítulo “De la eutanasia y el suicidio asistido”), autoriza la aplicación de una terapia experimental mediando acuerdo del asistido o su representante en los casos que prevé (debe entenderse, según creo, que ellas configuran una hipótesis de “terapia experimental compasiva”).

evitar que el paciente individual quede expuesto a ser víctima de proyectos “fuera de rango” y por el otro, el riesgo que una disciplina rigurosa de la investigación —y en cierta manera burocrática— restrinja las posibilidades del profesional de brindar respuestas innovativas y actuales a sus pacientes (limitándolos a la aplicación de protocolos terapéuticos estandarizados y comprobados) (42).

Creo que el dilema consiguiente debe resolverse con base en el mejor resguardo de los derechos fundamentales del paciente (a ese fin se ha computado la regulación normativa de otros países en aquellos aspectos que tienden a su tutela) (*supra* 5). En definitiva, ello supone que la investigación terapéutica no es sustituible por la decisión individual de un profesional, pero que el acto médico no puede ser, siempre y, en cualquier caso, aplicación de un protocolo consolidado, como si el paciente individual fuera una unidad dentro de una amplitud estadística y que las decisiones médicas sean una deducción silogística de conocimientos científicos expresados en la forma de una premisa mayor (43).

VIII. A modo de conclusiones

VIII.1. De lege lata

VIII.1.a. Terapia experimental (*off-label*, de medicamentos no autorizados en proceso de investigación o de prácticas no consolidadas por la ciencia médica). Requisitos

a) La prescripción o práctica debe ser empleada en la búsqueda exclusiva de un beneficio del paciente individual y estar alejada de cualquier idea experimental individual del profesional.

b) Es menester que se cuente con prácticas o evidencias científicas que posibiliten concluir que los beneficios esperados se presentan como superiores a los riesgos “razonablemente” previsibles. Pautas a considerar a esos fines —entre otras— pueden ser: la existencia de investigaciones nacionales o extranjeras en curso con resultados favorables (sin posibilidad de incorporar al paciente al procedimiento); el conocimiento científico disponible (en publicaciones científicas

(42) ZATTI, Paolo, ob. cit., p. 282.

(43) *Ibid.*, p. 383.

cas de prestigio, sean nacionales o extranjeras); la existencia de autorizaciones de uso de emergencia o recomendaciones temporales de uso o de programa anticipado de medicamentos o de *evidence summaries* vigentes en otros países (*supra* V); la existencia de experiencias favorables en centros de referencia del mundo o, al menos, estudios de laboratorio o en animales que otorguen un apoyo preliminar de la eficacia y seguridad, etc. En los casos de terapias *off-label*, lo podrían ser la extensión a formas patológicas más leves o de condición fisiológica similar al de una prescripción aprobada.

c) No deben existir alternativas terapéuticas reconocidas por la ciencia médica o fármacos autorizados para la patología concreta o, de existir, haber ellas fracasado en el tratamiento del paciente individual o producir efectos colaterales de gravedad.

d) Es menester el asentimiento del paciente emitido luego de recibir la información clara, precisa y adecuada a que se refiere el art. 59 del Cód. Civ. y Com. con la particularidad de que es indispensable expresar las características especiales de la prescripción formulada (el de ser una terapia innovativa), con la mención de los beneficios esperados y los riesgos posibles; las razones y las evidencias disponibles en que se funda la prescripción, etc.). En razón de ello mismo, estimo que se está en presencia de la hipótesis del inc. d) del art. 7º de la ley 26.529 (“procedimientos que implican riesgos...”) que requieren de la forma escrita y del cumplimiento de las precisiones que menciona el primer párrafo del mismo artículo e inciso del dec. regl. 1089/2012 (la circunstancia de que se trata de terapias no generalizadas o de prescripción de fármacos *off-label* es indicativa de que se asume la eventualidad de un procedimiento que implica riesgos).

Particulares cuestiones suscita la hipótesis de la aplicación de una terapia experimental (o innovativa) en los casos en que el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad (como cuando se encuentra internado en terapia intensiva debido a la patología que lo aqueja). Sin posibilidad de considerar aquí el tema, puede al menos afirmarse que cuando concurren las circunstancias allí previstas (situación de emergencia con riesgo cierto

e inminente de un mal grave para la salud o la vida) es de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del art. 59 del Cód. Civ. y Com.

e) Durante el desarrollo del tratamiento, el profesional está obligado a monitorear y controlar la evolución del paciente y, eventualmente, a suspenderlo frente a la aparición de riesgos no contemplados o resultados insatisfactorios. La existencia de este deber resulta de la especial naturaleza de la prescripción (no autorizada ni generalizada) y del consiguiente deber ético y legal de resguardar el derecho a la salud de su paciente. La delegación de la ejecución en el personal auxiliar no lo libera del deber de control.

f) Incumbe al profesional, asimismo, el también deber ético y jurídico de registrar la evolución del paciente en la historia clínica —de modo sistemático y pormenorizado— y, eventualmente, el de informar al organismo administrativo los beneficios y las contingencias desfavorables producidas (se trata de intervenciones experimentales o innovativas que requieren ser evaluadas posteriormente a fin de evaluar su seguridad y su eficacia en resguardo de la salud pública) (44).

g) En el caso de la prescripción de fármacos no autorizados, imposibilidad de incorporar al paciente al proceso investigativo.

Los requisitos enunciados rigen tanto en situaciones de normalidad como de emergencias (v.gr., una pandemia), *en ambos casos en calidad de supuestos de verdadera excepción* (45).

(44) Ver párr. 37 de la Declaración de Helsinki, a la que le atribuyó la calidad de norma consuetudinaria (*supra* título II).

(45) El carácter de excepción que se atribuye a la terapia experimental no significa que las respuestas individuales favorables no se reflejen en consecuencias útiles para los nuevos conocimientos científicos: el deber que se atribuye a los profesionales de informar los beneficios (además, de los riesgos) de la terapia, acarrea que los numerosos usos individuales concluyan con su consolidación en la práctica (sea a través de la concreción de un procedimiento investigativo si se trata de fármacos o de su recepción generalizada si se trata de un tratamiento). Con relación a las segundas, la presión de las mismas circunstancias —sumada a los limitados conocimientos científicos conocidos a esa altura— pueden conducir a

Sin que se lo pueda considerar un requisito, en la apreciación del estándar de diligencia del médico no deja de tener alguna importancia el consejo de experto (arg. párr. 37, Declaración de Helsinki), que en nuestro país pueden serlo los comités de ética de los establecimientos hospitalarios (ley 24.742) o de especialistas reconocidos en la práctica de que se trate.

Una menor rigurosidad en la apreciación de la diligencia exigible —la evaluación de la concurrencia de los requisitos mencionados— puede, sin embargo, aceptarse en situaciones de emergencia (considerando la “naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar” según lo prescribe el art. 1724, Cód. Civ. y Com.), sin dejar de computar incluso que en determinadas situaciones regirán las más atenuadas exigencias de la terapia experimental compasiva (*infra enseguida*), particularmente aplicable en situaciones como la de la actual pandemia respecto de las personas vulnerables.

VIII.1.b. Sobre la terapia experimental compasiva

Los puntos mencionados en VIII.1.b. son los elementos de juicio a computar para establecer la licitud de la conducta profesional en la aplicación de tratamientos no generalizados o aplicación de fármacos “fuera de etiqueta” o no autorizados, realizados con base en la libertad de prescripción.

Ahora bien, la disp. ANMAT 840/1995 —como se vio— faculta al profesional para prescribir un fármaco aún no autorizado para su uso individual en patologías para los que no hay un tratamiento específico, o que, si lo hubiera, el paciente hubiera manifestado intolerancia o no hubiese presentado respuesta. Se requiere para ello que se trate de patologías que comprometan la vida o que evolucionan hacia la invalidez o que incapaciten permanentemente o deterioren la calidad de vida. Corolario de ello es que, concurriendo los requisitos de la disposición y los generales de todo acto médico, la terapia será lícita.

decisiones apresuradas con menoscabo a la salud o vida de los pacientes.

El texto de la disposición legitima una terapia compasiva para la circunscripta hipótesis del uso de medicamentos no autorizados que se encuentran en una determinada etapa del proceso investigativo y plantea el interrogante de si cabe extenderla —más genéricamente— a otras hipótesis de tratamientos o intervenciones no consolidadas en la práctica médica que apunten a la misma finalidad compasiva (como lo prevé el Código de Ética y el documento que se mencionan en el apartado III) por existir compromiso de vida, invalidez, incapacidad permanente o deterioro de la calidad de vida.

Una conclusión afirmativa puede fundarse en la aplicación de la analogía —en otra oportunidad he afirmado que ella es también aplicable a normas de excepción (46)— y, también, fundarse en el resguardo y protección de los derechos personalísimos a la salud y la vida. La última afirmación se presenta con más claridad en la pandemia que afecta al mundo con la gravedad de los contagios en las personas particularmente vulnerables y la ausencia de conocimientos médicos precisos acerca de los eventuales tratamientos.

VIII.2. De lege ferenda

Como se vio (*supra* título V), la legislación de algunos países habilita al organismo regulatorio a emitir autorizaciones temporales (con denominaciones variadas) para el empleo temporal de fármacos o terapias no autorizadas, bajo determinados requisitos y siempre que concurren específicas circunstancias.

La actual pandemia suscita el interrogante de la conveniencia —como lo creo— de dotar a la ANMAT de similares facultades para emitir autorizaciones temporales para el empleo de determinados fármacos y otros productos médicos no autorizados para la patología de que se trata, con el cumplimiento de determinados requisitos (p. ej., el deber del proscriptor de informar al organismo los riesgos) y siempre que concurren determinadas contingencias de excepción (v.gr., graves amenazas de agentes biológicos, químicos o radiológicos).

(46) TOBIÁS, José W., “Apariencia jurídica”, en Estudios de la parte general del Derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 475.

En circunstancias particulares, ello posibilitaría a los pacientes acceder en situaciones de emergencia a terapias o fármacos basados en elementos de juicio elaborados por ANMAT —con información propia y de organismos internacionales de prestigio— que, se entiende, superan las propias de un profesional individual (y que, por ello, resguardarían mejor el derecho a la salud de los pacientes). La circunstancia mencionada adquiere especial relevancia en la actual pandemia COVID-19: la existencia de problemas globales requiere de soluciones globales y ello implica no solo la importancia del intercambio de información entre las autoridades regulatorias nacionales, sino la adopción de medidas efectivas similares o de coordinación para enfrentar la contingencia de manera eficiente.

En ese orden de ideas, con fecha 27 de abril pasado, la Organización Panamericana de la Salud ha elaborado un documento que proporciona orientación a las autoridades regulatorias nacionales (ARN) sobre “algunas formas prácticas de utilizar las decisiones de autoridades de otras jurisdicciones para autorizar el uso de emergencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias en una pandemia y justo antes o después” (47).

(47) A esos fines, señala que “el marco regulatorio de los países debe contener leyes o políticas que permitan utilizar el uso de emergencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias, un plan de preparación para una pandemia en el cual se autorice el uso de emergencia, procedimientos técnicos que recurran a las decisiones de autoridades regulatorias de otras jurisdicciones y al reconocimiento de autoridades confiables, o de referencia para la autorización del uso de emergencia y un sistema de seguimiento de los productos cuya venta se haya autorizado para uso de emergencia...” (Documento

Independientemente de ello —no parece necesaria una decisión normativa que lo establezca expresamente pues las funciones y fines de la ANMAT posibilitan entenderlo comprendido entre ellas (o al menos la facultad de proponerlas a la Secretaría de Salud de la Nación) (art. 5º, dec. 1490/2011)— resulta, al menos, particularmente conveniente —y hasta necesario— que el citado organismo, al menos en situaciones de excepción, emita la información científica con que cuenta acerca de tratamientos no generalizados o empleo de medicamentos *off-label*, precisando las ventajas y los inconvenientes que han resultado de su aplicación o se han enunciado en publicaciones científicas reconocidas, sin necesidad de emitir juicios acerca de su conveniencia (48). El ejercicio de esa función —de modo similar a los ESUOM en el Reino Unido (*supra*, título V) —pueden constituir elementos de juicio relevantes para proveer información —nacional e internacional— seria y actualizada a médicos y pacientes y colaborar, de ese modo, en sus decisiones.

“Utilización de otras autoridades regulatorias para autorizar el uso de emergencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias en una pandemia [p. ej., COVID-19]”, en <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52545>, documentos técnicos de la OPS). El documento fue precedido por los “Principios relativos a la utilización de decisiones de otras autoridades regulatorias: nota conceptual y recomendaciones”, IX Conferencia de la Red Panamericana para la armonización de la Red Farmacéutica, San Salvador, 24 al 26/10/2018.

(48) En sentido parecido y, aún más amplio pues propicia la emisión de una “opinión” de la ANMAT (aunque considerando que deben tener un límite de tiempo), BIERZCHUDEK, Laura, “Prescripción off-label de medicamentos”, www.estudiotrevisan.com. La autora señala que el organismo ya lo ha hecho en ocasiones a través de sus áreas de farmacovigilancia y en especial el Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias.

Responsabilidad de niñas, niños y adolescentes por lesión del principio genérico de no dañar y por incumplimientos obligacionales

Carolina Van Domselaar (*)

Sumario: I. A modo introductorio.— II. La capacidad de las personas menores de edad.— III. Niños, niñas y adolescentes: responsabilidad contractual.— IV. El daño y la responsabilidad extracontractual de las personas menores de edad.— V. Conclusiones.

I. A modo introductorio

El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Ahora bien, se considera involuntario y tiene injerencia en el plano de la responsabilidad, el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años, y el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales. Entonces podría establecerse como regla que en la responsabilidad contractual la persona menor de edad responde una vez cumplido los trece años, mientras que en la responsabilidad extracontractual responde luego de los diez años.

(*) Asesora de Familia, Ministerio de la Defensa Pública de Chubut. Docente en la cátedra Derecho Civil III de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia. Especialista en mediación. Posgraduada en Derecho Continental por la Universidad de París Pantheon Assas, Francia. Posgraduada en Derechos Humanos y Justicia Constitucional de la Universidad de Bologna, Italia. Participante en cursos de formación jurídica especializada en la Escuela Judicial de España. Colaboradora con la Comisión de Reforma Procesal, redactora del Código General de los Procesos no Penales para Chubut, años 2018 y 2019. Autora de artículos de doctrina y ponencias.

No obstante ello, estas reglas no son rígidas, y admiten un análisis hermenéutico de otras instituciones normativas del Código, la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales.

II. La capacidad de las personas menores de edad (1)

El Código Civil y Comercial ha introducido modificaciones importantes en lo relativo a la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad, logrando de este modo ajustar la normativa civil a la normativa constitucional/convenicional.

Es así como la ley estructura este tipo de capacidad teniendo como eje central la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, principio consagrado a nivel internacional en la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y consecuentemente, a nivel local, en la ley 26.061 (2).

(1) VAN DOMSELAAR, Carolina - ZUCCHERINO, Sylvia Carolina. "La capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes". Comisión N° 1, Privado Parte General.

(2) Artículos 5, 12 y 14 de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 3 inc. d), 19 inc. a) y 24 inc. b) de la ley 26061.

La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo con su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla (3).

El Código Civil y Comercial cambia radicalmente el paradigma en el cual se sustentaba el Código derogado. Abandona la pauta rígida dada por el cumplimiento de la edad estipulada legalmente como único parámetro para atribuir capacidad, flexibilizando notablemente las normas reguladoras al incorporar la fórmula *edad y grado de madurez*.

Así, determina en el art. 24 que son incapaces de ejercicio las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección Primera del Capítulo Dos, Título Primero del Libro Primero y en el art. 25 establece que es menor de edad la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente la que cumplió trece años.

La referencia a la presencia de una cierta "edad y madurez suficiente" se emparenta mayormente con la noción bioética de "competencia", que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación con el acto concreto en juego. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más "transversal", puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación con un acto concreto esto es, ostentar competencia

(3) LAINO PEREYRA Silvia E., "Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia" Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2012

a pesar de su eventual condición de incapacidad civil (4).

Podemos afirmar entonces, que el Código Civil y Comercial recepta en la más amplia concepción al niño como sujeto de derechos. A partir de allí resulta imposible escindir de tal conceptualización, el reconocimiento de la facultad de actuar autónomamente de acuerdo con su evolución y desarrollo personal.

En la medida que el sujeto crece, va adquiriendo competencias, experiencias y conocimientos que le permiten comprender las consecuencias de sus elecciones y desenvolverse con mayor independencia en los actos de la vida. A mayor edad, tendrá mayor autonomía justamente por esta experiencia que ha transitado, por la madurez adquirida.

Concluimos entonces que la ley establece un *sistema mixto* para determinar la capacidad de una persona para realizar el acto específico en cuestión, ya sea considerando la madurez del sujeto (edad y grado de madurez) o bien mediante la previsión de un parámetro etario concreto (diez, trece, dieciséis años, adolescente).

II.1. El parámetro etario que determina la capacidad de ejercicio

Cuando hablamos de parámetro etario la norma refiere a una edad determinada a partir de la cual la persona puede realizar el acto jurídico.

En estos casos la persona menor de edad procederá por sí, sin ningún tipo de condicionamiento externo a su propia voluntad. Es decir, podrá actuar en forma autónoma y es el legislador quien ha previsto estos supuestos expresamente determinando la edad a partir de la cual puede concretar el acto, ya sea mencionando esta en particular (diez años, trece años, dieciséis años) o haciendo referencia al *adolescente* (trece años).

Aquí claramente el Código utiliza una pauta rígida estableciendo una edad específica a partir de la cual reconoce la capacidad del sujeto.

(4) Silvia E. Fernández. Comentario al artículo 24. Código Civil y Comercial Comentado. IFOJUS. 2015

De la misma forma que la ley dota de capacidad plena a la persona que cumplió 18 años, en estos casos, está habilitando para un acto en particular a la persona que cuenta con una edad menor.

A modo de ejemplo, podemos citar el art. 26, Cód. Civ. y Com. que equipara al adolescente que haya cumplido los dieciséis años con un adulto para tomar las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo; el art. 30, Cód. Civ. y Com. que faculta a la persona menor de edad a ejercer una profesión sin autorización cuando obtuvo título habilitante, o el art. 596, Cód. Civ. y Com. que permite al adoptado adolescente iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, contando con asistencia letrada.

II.2. La edad y el grado de madurez suficiente en la capacidad de ejercicio

En otros supuestos, para que el actuar autónomo de las niñas, niños y adolescentes se materialice, requiere que la persona detente *edad y grado de madurez suficiente*. Así lo establece de manera genérica el art. 26 en su segundo párrafo.

Esta fórmula se repite a lo largo del cuerpo legal, pero aplicada a situaciones concretas como por ejemplo las previstas en los arts. 66 y 627 en relación con el apellido. El art. 66 autoriza a la persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto a pedir la inscripción del que está usando. Por su parte, el art. 627, permite al adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. En ambos supuestos la norma requiere que la persona cuente con edad y grado de madurez suficiente.

¿Quiénes son las personas menores de edad que tendrían capacidad de ejercicio cuando la norma utiliza la construcción edad y grado de madurez?

Para responder esta pregunta debemos recurrir a las normas que regulan lo concerniente a los actos lícitos realizados con discernimiento.

El discernimiento es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Se trata de estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones. El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo (5).

El art. 261, inc. c) reputa como involuntario, por falta de discernimiento, el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

A contrario sensu, la ley atribuye discernimiento a las personas mayores de trece años cuando de actos lícitos se trata.

Por ello, en la construcción *edad y grado de madurez suficiente*, creemos que el Código está habilitando a las personas mayores de trece años, a quienes reconoce expresamente discernimiento, a realizar por sí mismas el acto de que se trate.

Existe así, una presunción de que el adolescente posee la madurez necesaria, y con ello capacidad para ejercer los actos que la ley autoriza a realizar a quienes posean *edad y grado de madurez suficiente*; quien pretenda desconocerla, deberá oponerse probando que la persona carece de la madurez aludida.

Para completar nuestra interpretación de la fórmula legal, que devendrá en la capacidad de ejercicio de un niño, niña o adolescente, resta examinar lo atinente al *grado de madurez suficiente*, donde claramente se refleja el principio de autonomía progresiva.

A esos fines debemos retomar el análisis del art. 261, inc. c). En este el Código realiza una modificación sumamente importante flexibilizando las normas relativas al discernimiento incorporando en la parte final la frase *sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales*.

(5) PEREZ PEJICIC, Gonzalo. "Comentario al artículo 260 CC y C", en Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, directores. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T II. Ed IFOJUS, 2015, 435.

Haciendo una interpretación que amplíe la gama de derechos que pueden ejercer por sí los niños y niñas, entendemos que la norma contempla la posibilidad de considerar lícitos (realizados con discernimiento) algunos actos de personas que no hayan cumplido trece años. Un claro ejemplo de ello sería el inc. d) del art. 617 e inc. i) del art. 634 del Cód. Civ. y Com., los cuales, utilizando el parámetro etario, determinan, en el proceso de adopción, la obligación de contar con el consentimiento expreso del pretense adoptado y la consecuente nulidad, si este falta.

Volviendo al análisis, consideramos que dentro de estas *disposiciones especiales* también estarían comprendidas todas las normas que aluden al grado de madurez suficiente del sujeto, y por lo tanto habilitarían, en determinadas circunstancias, a considerar actos lícitos aquellos realizados por niñas y niños menores de trece años.

En el marco normativo apuntado, si una persona pretende ejecutar un acto jurídico por sí misma sin alcanzar la edad de trece años, previo deberá determinarse que ostenta la suficiente madurez para adoptar una decisión razonada respecto a ese acto puntual. Para ello será necesario evaluar sus condiciones personales, sus aptitudes y competencias, desarrollo psicológico, emocional y social, entre otras, y concluir que tiene la capacidad para ejercer su derecho por sí.

Podría suceder, por ejemplo, que un niño de doce años tenga igual aptitud, comprensión y madurez que un adolescente de quince años para ejercer por sí, el derecho a conocer los datos relativos a sus orígenes y acceder al expediente judicial y administrativo, en caso de haber sido adoptado (art. 596). Es decir, que ambos posean igual capacidad de ejercicio en referencia al mismo acto, teniendo edades disímiles.

El requisito legal es el mismo.

Esta evaluación del niño o niña estará primeramente a cargo de los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental acorde los principios que la rigen: interés superior del niño, autonomía progresiva conforme a las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo del hijo

y derecho de este a ser oído (art. 639, Cód. Civ. y Com.); como así también su deber de prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos.

Luego, tendrán la responsabilidad de evaluar quienes integren las instituciones administrativas o judiciales gravitantes en la vida de la persona menor de edad. Entre las primeras encontraremos a las escuelas, los organismos de protección, los centros de salud, las seccionales policiales, etc., y entre las segundas, el Ministerio Público, las Defensorías, el Ministerio Público Fiscal, los jueces, entre otros.

En síntesis, cuando la norma reconoce capacidad de ejercicio a las personas que posean edad y grado de madurez suficiente, los adolescentes podrán actuar sin necesidad de representación, mientras que si se trata de niños o niñas (menores de trece años), para que intervengan autónomamente, deberá evaluarse y determinarse que poseen el desarrollo madurativo necesario para ello, de otro modo el ejercicio del derecho de que se trate deberá concretarse a través de sus representantes.

II.3. Subsanación de la incapacidad de ejercicio en la faz contractual

Una vez determinado que el niño, niña o adolescente no alcanza *la edad y grado de madurez suficiente* requerido para ejercer en forma personal sus derechos, es necesario que el sistema legal prevea una institución que subsane esta circunstancia.

Tal instrumento se configura en nuestro ordenamiento en los institutos de la representación y la asistencia. Ambas figuras legales suplirán la incapacidad del sujeto, teniendo en cuenta para ello su desarrollo gradual, de manera tal que la realización de sus derechos sea posible.

El Código Civil y Comercial establece en el art. 100 que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

La doctrina ha definido a la representación como un supuesto de heteronimia en que la ley otorga al representante un poder de configuración de la esfera jurídica ajena, por el cual la

única actuación posible es la del representante y su voluntad, la única para tener en cuenta en la formación del acto jurídico (6).

Creemos que conforme el principio de autonomía progresiva, este tipo de representación legal “estricta”, que prescinde totalmente de la voluntad de la persona menor de edad, estaría dado de manera sumamente excepcional, como ser para las personas por nacer o los niños y niñas de escasa edad y sin autodeterminación.

Encontramos que también subsiste este instituto, no de manera estricta sino morigerada, en la esfera patrimonial al regular la disposición y administración de los bienes de los hijos, como ser el supuesto contemplado en el art. 690 (7). Aquí los progenitores representan al hijo en la celebración de un contrato con terceros; no obstante, tienen el deber de informarle su alcance y condiciones.

Hoy, el representante ya no puede sustituir a la persona representada en forma absoluta. A la luz de los lineamientos constitucionales, la nueva legislación contempla como punto de partida la obligación de escuchar al niño, niña o adolescente y que su opinión sea tenida en cuenta en todo acto que afecte a su persona o sus derechos.

Entendemos que la representación es un instituto de protección que solo cobrará virtualidad en su acepción estricta cuando exista la convicción de que no le es posible al representado ejercer por sí mismo sus derechos en alguna medida.

Abonando esta tesis, el art. 639, Cód. Civ. y Com. establece que a mayor autonomía disminuye la representación en el ejercicio de los derechos del niño, con lo cual la actuación de los representantes deberá tener como norte su autonomía progresiva.

(6) DIEZ-PICAZO, Luis, “La Representación en el Derecho Privado”. En Gil Domínguez, Fama, Herrera Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes - Derecho Constitucional de Familia -. Ed. Ediar, p. 176.

(7) Artículo 690 CCyC.- Contratos con terceros. Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de su hijo en los límites de su administración. Deben informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.

Diferente es el instituto de la asistencia, que se configura como un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí, sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido (8).

Esta es la figura que contempla el art. 644, Cód. Civ. y Com. el cual prevé en el último párrafo que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida de su hijo, como ser la decisión libre e informada de su adopción, las intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

III. Niños, niñas y adolescentes: responsabilidad contractual

Ahora bien, todos estos conceptos que hasta aquí hemos desarrollado ven su reflejo en la capacidad que se reconoce a las personas menores de edad para celebrar contratos y su consecuente responsabilidad ante su incumplimiento.

Es así como específicamente el art. 648, Cód. Civ. y Com. autoriza a que un niño, niña o adolescente, pueda celebrar contratos de menor cuantía, presumiendo que para ello los padres han prestado su conformidad.

Esto responde al devenir de la vida cotidiana en que habitualmente personas menores de edad realizan transacciones en las cuales los montos dinerarios no resultan de importancia e implicaría un rigor formal excesivo y entorpecedor requerir que para la validez de esos pequeños contratos, esté presente la venia parental.

Aquí vemos reflejado como la norma presume que las personas menores de edad poseen la suficiente madurez y consecuente capacidad para la celebración de estos contratos.

Otro supuesto de mayor trascendencia en que la ley no establece una edad determinada y también presume la capacidad de la persona

(8) CIFUENTES, Santos, “Elementos del Derecho Civil. Parte General”. Astrea 1997, p. 218

menor de edad, es el previsto por art. 30, Cód. Civ. y Com.

En efecto, la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

Como vemos este artículo no determina un parámetro etario ni tampoco hace referencia al grado de madurez de quien ejercerá la profesión.

Nótese que tampoco requiere la autorización de los progenitores, sino que el factor determinante es que posea un título habilitante.

Entendemos que la norma aquí presume que quien ha obtenido un título habilitante para el ejercicio de una profesión, más allá de su edad cronológica, cuenta con la madurez suficiente y, en consecuencia, la capacidad para ejercerla, celebrar los contratos inherentes a esa profesión e incluso administrar y disponer de los bienes que por ella adquiera.

En la Comisión I de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la ciudad de San Miguel de Tucumán, los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011, primó la interpretación amplia, al momento de evaluar el alcance del actual artículo 30, que admite su aplicación a todas las personas menores de edad que hayan obtenido título habilitante, no solo a aquellas que hubieren alcanzado los 16 años (Conclusión n.º 6 *de lege ferenda*: “Con relación al menor que obtenga título habilitante para ejercer profesión u oficio, se reconozca su capacidad para ejercer tal profesión u oficio, exclusivamente por cuenta propia, sin límite de edad”).

En otros supuestos la ley autoriza la celebración de contratos a las personas menores de edad instituyendo determinados requisitos para la validez de estos actos y estableciendo para ello un parámetro etario (dieciséis años).

En este sentido, el art. 683, Cód. Civ. y Com. presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para celebrar todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria.

Por su parte el art. 681 del mismo cuerpo legal dispone que una persona menor de dieciséis años solo puede ejercer un oficio, profesión o industria u obligar a su persona de otra manera, con la previa autorización de progenitores.

Aquí el parámetro etario juega un rol importante en relación con la autorización parental, si es menor de dieciséis años deberán contar con ella expresamente y si es mayor, se presume otorgada.

En ambos supuestos, y entendemos que también en el previsto por el art. 30 por tratarse en todos los casos de personas menores de edad, debe cumplirse con las disposiciones del Código Civil y Comercial, con la normativa especial referida al trabajo infantil y demás leyes especiales aplicables.

En todos los casos las personas menores de edad que ejerzan una profesión, empleo, oficio o trabajo dentro de los parámetros referidos, tienen la administración de los bienes adquiridos con el producto de su labor.

Así lo determina el art. 686 en su inc. a), al exceptuar de la administración de los progenitores *los bienes adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria*, quedando dicha administración en cabeza del hijo.

Es decir que estas personas tienen capacidad para celebrar contratos relativos a su profesión y empleo como así también para celebrar válidamente otros contratos con el producto de su trabajo.

Ahora bien, todo derecho genera una obligación como dos caras de una misma moneda, si la ley reconoce capacidad suficiente a una persona menor de edad para celebrar algunos tipos de contratos, resulta ineludible que también responda ante el daño que produzca el incumplimiento obligacional, acorde lo normado por el art. 1749, Cód. Civ. y Com.

Entonces, ya sea por el ejercicio de una actividad económica profesional o laboral, cuando estas se desarrollan dentro de los parámetros de las leyes y cuando corresponda, con la autorización de los progenitores, los contratos celebrados se reputarán válidos y las personas menores de edad deberán cumplir con las obligaciones asumidas, siendo alcanzado por los efectos de su incumplimiento.

Sin embargo, en todos los supuestos referenciados no debemos olvidar que estamos en presencia de personas menores de edad, las cuales gozan de una protección especial enmarcada en normativa nacional y supra nacional por su condición de grupo vulnerable, es por ello que al momento de determinar la responsabilidad por el incumplimiento contractual, el juez deberá tener presente las pautas establecidas en el art. 1742 relativas a la atenuación de dicha responsabilidad en razón del principio de equidad.

IV. El daño y la responsabilidad extracontractual de las personas menores de edad

IV.1. Niños, niñas y adolescentes. Responsabilidad subjetiva

Como venimos explicando, en materia extracontractual se considera volitivo el acto ejecutado por la persona mayor de diez años (conf. art. 261 del Cód. Civ. y Com.). Tal como surge del art. 1749 es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión. Entonces, el niño mayor de diez años responde civilmente por el daño causado de manera directa y concurrente con sus padres (conf. arts. 850, 1745, 1717, 1737 del Cód. Civ. y Com.), siendo el factor de atribución subjetivo en estos casos (conf. art. 1724 del Cód. Civ. y Com.).

IV.2. Niños y niñas menores de diez años. Vinculación entre el principio de equidad y el principio del interés superior del niño

El Código Civil y Comercial cambia radicalmente el encuadre normativo en relación con la responsabilidad de quien causa un daño por un acto involuntario.

En esta oportunidad nos enfocaremos solo en lo que atañe a los actos realizados por niños o niñas menores de diez años.

Recordemos que el acto voluntario es aquel que se ejecuta con discernimiento, intención y libertad. Asimismo, tanto en la legislación anterior como en la actual se reputa involuntario por falta de discernimiento el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años (art. 261, Cód. Civ. y Com. y 921, Cód. Civil).

El sistema del Código Civil Argentino eximía de responder, en principio, a los niños o niñas menores de diez años por los daños causados por un acto ilícito, por reputarse involuntario por falta de discernimiento.

Determinaba que los hechos que hubieran sido ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producían por sí obligación alguna (art. 900, Cód. Civil), que para que el acto se reputara delito, era necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor y que la persona menor de diez años no era responsable de los perjuicios que causara (art. 1076, Cód. Civil).

Sin embargo, preveía una indemnización cuando el hecho involuntario causaba a otro algún daño en su persona o bienes y si con el mencionado daño, el autor del hecho se enriquecía. Luego la ley 17.711 incorpora la posibilidad de que los jueces dispusieran un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta para ello la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima (art. 907, Cód. Civil).

Es decir que en principio el acto involuntario no generaba obligación alguna, en caso de producir un daño quien lo causaba, no respondía por su reparación sino más bien esta tenía su génesis en el enriquecimiento ilícito.

En cuanto al resarcimiento de la víctima sustentado en razones de equidad, su procedencia y determinación estaba establecida como una potestad del juez, quien a su criterio podía o no estipular una indemnización a cargo de quien produjo el daño.

Hoy el Código Civil y Comercial cambia por completo el enfoque. En lo que nos importa, si un niño o niña menor de diez años causa un daño, *debe* responde por razones de equidad.

Constituye un deber del juez determinar la indemnización por la cual va a responder ese niño o niña, ya que quien causa un daño a otro por un acto involuntario queda sometido al régimen de la responsabilidad civil plenamente; su obligación de reparar se equipara a la que pesa sobre cualquiera que es responsable civilmente por lesionar intereses ajenos.

En tal sentido, el art. 1750 dispone claramente que “el autor de un daño causado por un acto involuntario responde...”, con lo que denota que el principio es la responsabilidad sin cortapisas. De ahí que el juez “debe” condenar a indemnizar al agente del daño involuntario.

Según este sistema, pues, el obrar involuntario en la práctica se asimila al voluntario en lo que respecta al régimen de la responsabilidad civil (9).

No cabe una interpretación diferente ya que, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código, la Comisión de Reformas refirió: “... En cuanto a los actos involuntarios, hay modificaciones en cuanto a la formulación de la regla. En el proyecto de 1992 se establecía que no hay responsabilidad, excepto que la involuntariedad derive de la culpa o bien se fije una indemnización por equidad. En el Proyecto de 1998 se cambió por la regla de la responsabilidad, especificando los casos de falta de discernimiento, el error, o el acto automático. En este anteproyecto se establece la responsabilidad, evitando la enumeración casuística. Es decir, hay responsabilidad plena, salvo que el Juez decida atenuarla por razones de equidad...” (10).

(9) MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “Responsabilidad civil por acto involuntario en el Código Civil y Comercial”. En PEYRANO, Guillermo F. Director. El derecho Diario de Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires, miércoles 24 de mayo de 2017, ISSN 1666-8987, N.º 14.188, Año LV, ED 272

(10) LORENZETTI, Ricardo L. - HIGHTON DE NOLASCO, Elena - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, título V: “De otras fuentes de las obligaciones”,

Consagrada doctrina concluye que el factor de atribución es la equidad y por tanto un supuesto de responsabilidad objetiva (11). La equidad ha sido definida como dar a cada uno lo que se merece en función de sus méritos o condiciones. Para que haya justicia tiene que haber un sentido de proporcionalidad. Y es precisamente la equidad, el concepto que otorga equilibrio a la idea de justicia. Una postura es equitativa si establece una valoración que no beneficia aleatoriamente a una de las partes implicadas, sino que intenta distribuir algo en función de los méritos o condiciones de las personas afectadas. Sirve para poner en igualdad de condiciones a las personas que no lo están.

Un gran y querido juez decía que la equidad podía ser representada con la imagen de la Justicia, una dama, con una espada en su mano derecha, una balanza en su mano izquierda, pero sin la venda en los ojos (12). Es decir, el principio de equidad obliga al magistrado a mirar el caso concreto, observar y ponderar muy especialmente las circunstancias que rodean a cada una de las partes, al individuo que ha recurrido al sistema judicial y en base a ello, a esa especial consideración, aplicar la ley e impartir justicia.

En principio el niño o niña menor de diez años responde ante el daño causado, sin embargo, esta reparación tendrá sustento en el principio de equidad y a los fines de su determinación el juez deberá hacerlo debido a las pautas que consagra el art. 1742, Cód. Civ. y Com.

Es decir, el juzgador debe considerar el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho.

capítulo 1: “Responsabilidad Civil”, 13: “Responsabilidad por hecho de terceros”, p. 235.

(11) ALFERILLO, Pascual, “Comentario al art. 1750”, en ALTERINI, J. H. (ed.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegetico, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 308. PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Comentario a los artículos 1708 a 1756”, en HERRERA, M. - CARAMELLO, Guillermo - PICASSO, Sebastián (eds.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 476.

(12) Dr. Emil Jalil, Juez Penal de la localidad de Pergamino, provincia de Buenos Aires, Argentina, citado en JALIL, Julián Emil. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Ed. Ibáñez, Bogotá, Colombia. 2020, p. 307.

Dentro de la ponderación que efectuará el juez al momento de determinar la procedencia de la indemnización, deberá sopesar la calidad de “niño o niña” de quien cometió el daño.

Los niños gozan de una protección especial por su condición de personas vulnerables. La Convención sobre los Derechos de los Niños establece en su art. 3.1, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Cillero Bruñol nos enseña que el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa (13).

A su vez la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad y cuando define el interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos, también

(13) CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Ver: <http://www.iin.oea.org/IIN/cad/> Part.

hace hincapié en que 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.

Cuando el daño resulta consecuencia de un acto involuntario de una persona menor de diez años, al margen de tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva, deberá resolverse siempre bajo el criterio de equidad acorde el art. 1742, Cód. Civ. y Com. y teniendo una especial consideración por el interés superior del niño. En el análisis que efectúe el juez, entre las pautas a considerar, esto es el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias de hecho deberá tener presente como componente de este último que se trata de un acto cuyo autor carece de discernimiento, entendido este como la aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas.

De igual modo, deberá tener una especial consideración por la calidad de niño o niña del sujeto resolviendo acorde al interés superior de este en los términos ya reseñados.

Consecuencia de ello es posible, más que probable, que opere la atenuación de la indemnización o bien se resuelva no condenar al niño o niña a pagar suma alguna.

IV.3. La responsabilidad de los progenitores ante los daños producidos por los hijos e hijas menores de edad

Otra circunstancia que deberá tener en cuenta el juez será la responsabilidad que le cabe a los progenitores por los hechos dañosos de los hijos menores de edad.

Analizaremos solo la referencia que efectúa la ley en relación con la responsabilidad entre progenitores e hijos y cómo debería jugar en la evaluación que efectúa el juez al establecer la pertinencia de una indemnización, quienes y en qué medida resultarían obligados a ellas. El art. 1754, Cód. Civ. y Com. determina que los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con

ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

Los progenitores son titulares de la responsabilidad parental en relación con sus hijos y deben ejercerla acorde a los principios que la rigen: el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida.

La responsabilidad parental está definida como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (art. 638, Cód. Civ. y Com.) y uno de los primeros deberes que enuncia el Código Civil y Comercial en su art. 646 es el de cuidar del hijo, convivir con él, presarle alimentos y educarlo.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”. No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

Esta noción permite visualizar a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral (14).

Ahora bien, en relación con el tercero, las obligaciones de los progenitores y de los hijos, consecuencia de un hecho dañoso producido

(14) NOTRICA, Federico P., RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I. “Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas”. En Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/06/FN-MRI-Responsabilidad-Parental.-Algunos-aspectos-trascendentales-a-la-luz-del-Nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>.

por estos últimos, son concurrentes (varios deudores deben el mismo objeto debido a causas diferentes. art. 850, Cód. Civ. y Com.).

Uno de los efectos que estipula la ley para este tipo de obligaciones es que el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores.

En este punto y dada la trascendencia de los derechos de los niños que pueden verse afectados, resulta necesario realizar una interpretación armónica e integral a través del dialogo de fuentes entre la normativa referida a este efecto en particular, los tratados internacionales de derechos humanos dotados de jerarquía superior a aquella (art. 75, inc. 22, CN) y la legislación interna dictada en consonancia con tales tratados.

Es así que, teniendo cuenta ello y que, como ya lo referenciaríamos, ante el conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros, el juez entonces podría morigerar el efecto propio de las obligaciones concurrentes y determinar la existencia de una obligación principal en cabeza de los progenitores y una subsidiaria de los hijos, esto último en caso de resultar pertinente luego de ponderar todas las circunstancias que ya hemos mencionado.

V. Conclusiones

- El Código Civil y Comercial recepta en la más amplia concepción al niño como sujeto de derechos. A partir de allí resulta imposible escindir de tal conceptualización, el reconocimiento de la facultad de actuar autónomamente de acuerdo con su evolución y desarrollo personal.

- Cuando hablamos de parámetro etario la norma refiere a una edad determinada, ya sea mencionando esta en particular (diez años, trece años, dieciséis años) o haciendo referencia al *adolescente* (trece años), a partir de la cual la persona puede realizar el acto jurídico y podrá actuar en forma autónoma.

- En la construcción *edad y grado de madurez suficiente*, el Código habilita a las personas mayores de trece años, a quienes reconoce expresamente discernimiento, a realizar por sí

mismas el acto de que se trate. Si se trata de un niño niña (menor de trece años) quien pretende ejecutar ese acto jurídico por sí misma, previo deberá determinarse que ostenta la suficiente madurez para adoptar una decisión razonada respecto a dicho acto.

- Las personas menores de edad que ejerzan una profesión, empleo, oficio o trabajo dentro de los parámetros establecidos el Código Civil y Comercial, tienen capacidad para celebrar contratos relativos a su profesión y empleo como así también para celebrar válidamente otros contratos con el producto de su trabajo, debido a ello, deberán cumplir con las obligaciones asumidas, siendo alcanzado por los efectos de su incumplimiento.

- Cuando el daño resulta consecuencia de un acto involuntario de una persona menor de diez

años, al margen de tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva, deberá resolverse siempre bajo el criterio de equidad acorde el art. 1742, Cód. Civ. y Com. y teniendo una especial consideración por el interés superior del niño.

- En cuanto a la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por los hijos, debe considerarse que entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros, con lo cual el juez podría morigerar el efecto propio de las obligaciones concurrentes y determinar la existencia de una obligación principal en cabeza de los progenitores y una subsidiaria de los hijos, esto último en caso de resultar pertinente luego de ponderar todas las circunstancias que desarrollamos en este trabajo.

El derecho convencional procesal al abogado del niño

Yamila Grisel Pérez

Sumario: I. Introducción. Marco convencional.— II. El abogado del niño como garantía máxima de procedimiento.

I. Introducción. Marco convencional

El reconocimiento por parte del Estado argentino y de la comunidad internacional de la dignidad del hombre se manifiesta históricamente en la elaboración de diversas tipologías de derechos humanos, las cuales se han incorporado al cuerpo normativo de las constituciones de varios países, o han sido adoptadas en tratados o declaraciones internacionales. Este reconocimiento implica, desde una perspectiva estrictamente procesal, el deber de reglamentar el proceso de forma tal que la dignidad humana no resulte menoscabada. Pero también debe hacerse notar, que los derechos humanos traen a escena al hombre concreto, con sus aspiraciones y necesidades. Es este el que es portador del valor de la dignidad y titular de esos derechos fundamentales, nunca un ser ideal o abstracto. Los derechos humanos introducen así un punto de conexión entre el sistema jurídico y la realidad humana a la que este debe servir, provocando el deber de humanizar el derecho por medio de la valoración de la persona de carne y hueso, en las situaciones en que este se encuentre.

En lo que toca a las situaciones judiciales, se sigue de lo anterior el deber de regular y conducir el proceso interpretando las normas, cuando sea necesario, de conformidad con lo que convenga a la humanización del procedimiento, haciéndolo más comprensible y cercano al hombre común. Ello se ha visto incrementado gracias a la aparición de fenómenos que pueden observarse en los ordenamientos jurídicos no solo de los países industrializados, sino también de los que se encuentran en vías de desarrollo. Se trata de promover la actuación personal y directa de todos aquellos que intervienen en el proceso, a fin de convertirlos en verdaderos protagonis-

tas del litigio y combatir su alejamiento y desinterés en él (1). El proceso de humanización, universalización y constitucionalización del derecho argentino, en virtud de las obligaciones asumidas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por nuestro país, ha dado motivo a una sustancial revisión del tradicional derecho de familia, y lo ha convertido en un derecho de familia constitucionalizado y convencionalizado más dúctil, respetuoso de la doctrina internacional de los derechos humanos.

Como primer precedente en la materia, podemos decir que la Corte Federal de los Estados Unidos ha sido pionera en el reconocimiento de las garantías procesales de los/as niños/as y, específicamente, del derecho a contar con un abogado/a. En este último sentido, es preciso hacer referencia al caso “Gault” de 1967. En el mencionado caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que una persona que no ha cumplido 18 años tiene los siguientes derechos procesales básicos: a ser informado de todos los cargos; a recibir consejo; a controlar

(1) Se ha señalado que el apoderamiento de las partes responde a la necesidad de tecnificar el proceso y que no es incompatible con el principio de personalización, siempre y cuando se admita la convocatoria de las partes para: a) su interrogatorio; b) procurar la reconstrucción de los hechos en todo aquello en que las partes concuerdan; y c) la solución concesional del conflicto. Así lo afirma expresamente GELSI BIDART, “La humanización del proceso”, op. cit., pp. 262-263. En este aspecto, “La humanización consiste en dar intervención directa y personal a quienes pueden —inmejorablemente— relatar los hechos transcurridos, confrontando (y superando) las disidencias al respecto y promoviendo soluciones que contemplen todos los aspectos del problema, como sólo los interesados en el caso, con la autoridad imparcial promotora de la justicia, pueden tomar en cuenta”. Ibid, p. 263.

la prueba; a no ser obligado a declarar contra sí mismo. La Corte Federal también dijo que el joven necesita asistencia legal para poder comprender sus problemas con la ley, para poder comprender más inteligentemente los hechos e insistió en la necesidad de un procedimiento llevado regularmente (2).

En Argentina, la figura del abogado de los Niños, Niñas y Adolescentes —abogado del niño, como se lo denomina generalmente— se corresponde con las responsabilidades asumidas a partir de la ratificación de aquellos tratados internacionales de Derechos Humanos y específicamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y en las leyes que en su consecuencia se han dictado.

La citada Convención Americana dispone en su art. 8° un conjunto de garantías del derecho a la defensa respecto de toda persona, la Convención de los Derechos del Niño hace lo propio con los niños, niñas y adolescentes. Esta última entre sus normas contiene dos pautas sustanciales que se erigen como principios rectores del sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, y por tal motivo, señalan el rumbo de toda actuación y decisión de los órganos competentes en materia de niñez y adolescencia.

En efecto, el art. 3° señala la primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, mientras que el art. 12 reconoce el derecho de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que afecten sus intereses y a que ellas sean tenidas en cuenta por quienes deban resolver las cuestiones que directa o indirectamente los involucren.

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general 12/2009 recomienda escuchar al niño en forma directa si esto es posible, y si no, a través de sus representantes, entre otros su abogado. También el mismo Comité, en su observación general 14/2013, refiere a la importancia del juego armónico y complementario de los arts. 3° y 12 de la Convención, para garantizar con ello el “ejercicio efectivo” de los derechos allí reconocidos.

A su vez, la ley nacional 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reafirma aquellos mandatos constitucionales —art. 3 b)—. Lo propio ocurre con las leyes de igual tenor dictadas a posteriori, haciendo hincapié en las garantías mínimas de procedimiento en actuaciones judiciales o administrativas que afecten a los niños, niñas y adolescentes, entre las cuales se destaca la garantía de contar en todo asunto judicial o administrativo que lo incluya, con la asistencia de un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, debiendo el Estado proveerlo de oficio si aquellos carecieran de recursos económicos para solventarlo (art. 27, inc. c). Estas normas de la ley nacional dan sustento a la necesidad de regular la figura del “abogado del niño”. Por tal motivo la citada ley tiene en su dec. regl. 451/2006 una disposición de especial valía referida a esta al reglamentar el art. 27, inc. c): “El derecho a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

II. El abogado del niño como garantía máxima de procedimiento

Como fenómeno de reciente aplicación en nuestro ordenamiento Jurídico, la figura del abogado del niño es coherente con la línea conceptual de la doctrina de protección integral de los derechos. El incluir un abogado a las situaciones donde existen vulneraciones, viene a romper un paradigma tutelar que deviene en desuso. Es decir que la designación de un letrado patrocinante a niños, niñas y adolescentes que intervienen en causas judiciales, viene implementándose lentamente en la práctica judicial. Por lo general, se ordena dicha designación cuando así se lo solicita en el juicio, preferentemente en la rama del derecho de familia y, en principio, si el niño o niña alcanzó cierta edad, cuestión esta desde ya no compartida en base a los argumentos que se esgrimen a continuación.

Siguiendo uno de los primeros fallos en el tema, se determinó (3) que “los arts. 12 de la

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2004.

(3) CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 29/10/2015, LL on line AR/JUR/47695/2015.

Convención sobre los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, interpretados armónicamente con el Código Civil y Comercial (art. 2°), establecen las garantías mínimas de procedimiento, por las cuales el sistema reconoce a los niños el derecho de ser partes y a contar con una representación legal independiente de la de los padres, y esa es justamente la función del abogado del niño, contribuyendo a una mejor defensa de sus intereses”.

Respecto de esto último, la Sala G de la CNCiv. desestimó el pedido del niño para intervenir en un juicio que lo involucraba con el patrocinio letrado del abogado del niño. El fallo (4), emitido bajo la vigencia del Código Civil anterior, determinó que “a poco que se repare, la participación personal prevista en el art. 27, inc. c) de la ley 26.061 está vedada por el Código Civil a los denominados menores impúberes (art. 127) habida cuenta de su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos. Desde la capacidad progresiva dependerá de su grado de madurez, por lo cual no es dificultoso concluir que, en el caso, la edad del menor —nueve años— no habilita tal tipo de participación con asistencia letrada”. Agregaba este fallo, para fundamentar mejor su postura: “Lo expuesto con anterioridad, no implica desconocer la importancia de la participación personal del menor en los procesos judiciales que pueden afectar sus intereses, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño como modo de preservar el interés superior del niño y como expresión de la autonomía progresiva que se le reconoce. Dicha participación exige garantizarle al niño el derecho a ser escuchado, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y la madurez (art. 12, CDN), lo que debe considerarse cumplido dada la entrevista personal mantenida con el niño por la Defensora de Menores ante la Alzada”.

Si bien en principio se estableció en esos fallos con vigencia del Código Civil anterior, que el abogado del niño solo podía patrocinar a los niños que hayan alcanzado los catorce años, parte de la doctrina sostenía que también, podía presentarse como letrado patrocinante de niños menores de catorce años, siempre que se acreditaran situaciones de excepción y que se pro-

bara que el menor tenía suficiente capacidad de discernimiento para promover la acción que se intentaba.

Esta postura, que permite designar un abogado que represente a ese niño sin sujetarlo a determinada edad, se basa en la capacidad progresiva de aquel, tomando en cuenta como parámetro su grado de madurez. Con este mismo criterio, cierta jurisprudencia permitió que una niña de casi trece años contara con la designación de su propio letrado que la patrocinara.

Al respecto, el Dr. Néstor Solari expresa que se confunde la capacidad progresiva del niño con el derecho al patrocinio letrado. Este destacado doctrinario, manifiesta que el derecho a tener un patrocinio letrado es independiente de la capacidad progresiva. Agrega Solari que la capacidad progresiva del sujeto refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho de contar con asistencia letrada en el juicio. Ello, en virtud de que el art. 27 de la ley 26.061 no condiciona tal intervención a la edad del sujeto, por lo que la designación deberá hacerse en todos los casos en que se halle en juego cuestiones que lo afecten. Finaliza diciendo que “la figura del abogado del niño debe estar presente en todo procedimiento en el cual se sustancien aspectos que atañen al niño” (5).

La condición de madurez y edad suficiente permite inferir que por vía de ley inferior -previo antecedente jurisprudencial se está formulando una discriminación a todo aquel que no tenga un grado de madurez suficiente, cuando la referida reglamentación no lo exige como requisito.

Es importante destacar que la mencionada ley 26.061 es una normativa de avanzada en relación con la amplitud de derechos que otorga a los niños, niñas y adolescentes, la que resulta de la instrumentación interna luego de haber ratificado la Convención de los Derechos del Niños, por lo que la posición del Código Civil y Comercial de la Nación, en relación con condicionar la posibilidad de que cuenten con una defensa técnica a una edad consecuente con su grado de capacidad progresiva, cuando dicha situa-

(4) CNCiv., Sala G, 17/4/2012, elDial.com - AA776B.

(5) SOLARI, Néstor, “Derecho de las Familias”, La Ley, Buenos Aires, 2015.

ción en el caso de los adultos sería impensado en razón de que el derecho a una defensa y asesoramiento técnico está garantizado desde inicio, implicaría seguir considerando a los niños niñas y adolescentes como objetos de derechos, objetos de tutela, cuestión que dista considerablemente del reconocimiento de sujeto de derecho con garantías de derecho al procedimiento clara e igualitaria a todo ser humano, marcando ello aun la brecha cultural a superar para cambiar realmente de paradigma, cuestión esta en la que los profesionales del derecho debemos involucrarnos e instar el cambio.

En otras palabras, si el Código Civil y Comercial no reconoce derechos que la Convención

ratificada y la ley 26061 sancionada en el 2005 lo hacen de modo evidente al decir “todo niño”, estos derechos deber ser respetados y defendidos en forma irrestricta, por una cuestión elemental de jerarquía de las normas, tanto por su especificidad, como en su sentido ampliatorio de derechos.

Estamos ante un cambio estructural en la filosofía del proceso del niño, niña y adolescente menor de 18 años, en su persona y en sus bienes y, somos los profesionales del derecho, jueces y abogados, los principales actores que tenemos que entender este rol novedoso, ante esos derechos que revisten carácter de orden público y son irrenunciables.

DERECHO COMPARADO

La testimonial en cámara Gesell: una lectura desde la práctica

Adrián Novkovic^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. La ansiedad inicial.— III. La imposibilidad de obtener declaración.— IV. Titular el hecho y dar por sobreentendido.— V. La motivación secundaria para declarar.— VI. Repetir la testimonial en cámara Gesell.— VII. El mismo profesional realiza la cámara Gesell y la pericia.— VIII. La presencia del denunciado en la sala de observación.— IX. El informe de cámara Gesell.— X. La certeza en el juicio oral.— XI. Análisis de algunos datos estadísticos.— XII. Hipótesis sobre el aumento de las denuncias.— XIII. Conclusiones.— XIV. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

El presente artículo define los principales problemas y desafíos encontrados durante la realización de más de dos mil testimoniales realizadas en cámaras Gesell (CG) en el marco los procesos penales de la ciudad de Concordia, Entre Ríos, desde abril de 2011 hasta la fecha. En dichas entrevistas se obtuvo el testimonio de niñas, niños y adolescentes [en adelante NNyA (1)] víctimas, principalmente de abuso sexual, y testigos de delito. Además, se proponen estrategias que han resultado eficaces para afrontar las diferentes complicaciones identificadas y se analizan algunos datos estadísticos relevados en este período.

II. La ansiedad inicial

La ansiedad es un estado de ánimo caracterizado por un fuerte afecto negativo, síntomas

corporales de tensión y aprensión respecto del futuro (2). El ingreso a la CG constituye el momento en que con frecuencia la NNyA experimenta dicha emoción con mayor intensidad, dado que debe enfrentarse a una situación desconocida y muchas veces percibida como amenazante. El hacerlo acompañado por algún familiar de apoyo, en general disminuye considerablemente la emoción experimentada gracias a la sensación de seguridad que ello le genera. No obstante, quien acompaña al niño a menudo tiene una posición tomada sobre el hecho que se analiza, por lo que puede condicionar a la víctima y es conveniente que se retire antes de que se aborde el tema que motivo la denuncia.

Al iniciar la entrevista, se recomienda hacerlo explicando el procedimiento que se realizará, en primer lugar, y luego invitar a la NNyA a hablar sobre sus actividades e intereses, lo cual contribuye a generar emociones positivas, habituarse tanto al ámbito desconocido en el que se encuentra y crear un vínculo de confianza con el entrevistador, además de posibilitar la evaluación por parte del entrevistador del estado emocional, desarrollo cognitivo y predisposición para brindar su testimonio, lo cual posibilita valorar si la víctima está en condiciones de declarar, adaptar el lenguaje a su nivel cognitivo

(*) Lic. en Psicología (Universidad Nacional de Córdoba). Terapeuta cognitivo conductual (Asociación de Terapia Cognitivo Conductual del Litoral). Especialista en Salud Social y Comunitaria (Universidad Nacional de Rosario). Experto en Psicología Jurídica (Centro de Psicología Aaron Beck, Granada - España). Integrante del Equipo Técnico del Ministerio Público de la Defensa, Concordia - Entre Ríos.

(1) A modo de facilitar la lectura y teniendo en cuenta que las mujeres representan la mayoría de los casos de víctimas de estos delitos, haré referencia a niños, niñas y adolescentes en género femenino.

(2) BARLOW, David, Psicología anormal. Ed, Thomson Learning. 2001.

y si le permite tranquilizarse y habituarse tanto al ámbito desconocido en el que se encuentra como a la presencia del entrevistador.

Por otro lado, es de suma importancia brindar a la NNyA la posibilidad de elegir entre declarar o no durante la charla previa a la obtención de testimonio, ya que ello le otorga un mayor control sobre la situación y la posibilidad de manifestar si quiere o no relatar los hechos. Actuando de esta forma, es menos probable que se desaproveche el recurso de CG en declaraciones que no contribuyan a esclarecer los hechos, ya que es un procedimiento que no puede ser repetido, salvo contadas excepciones.

III. La imposibilidad de obtener declaración

Algunos problemas que son objeto de atención clínica pueden también obstaculizar la obtención de testimonio. Entre ellos se destacan la “ansiedad por separación”, entendida como “miedo o ansiedad excesiva e inapropiada para el nivel de desarrollo del individuo concerniente a su separación de aquellas personas por las que siente apego, que se manifiesta con un malestar excesivo y recurrente cuando se prevé o se vive una separación de las figuras de mayor apego” (3). Constituye un gran inconveniente para la obtención de testimonio ya que los padres no deben estar presentes, en virtud de que podrían influenciar la declaración.

Por otra parte, los hechos que la investigación penal trata de dilucidar, en muchos casos son sucesos traumáticos. El trastorno mental ocasionado por un trauma se conoce como *trastorno de estrés postraumático (TEPT)*, que es definido en el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (4) como la aparición de síntomas característicos que siguen a la exposición a la muerte, lesión grave o violencia sexual, ya sea real o amenaza. El cuadro sintomático característico secundario a la exposición al intenso trauma incluye la presencia de recuerdos angustiosos recurrentes, involuntarios

e intrusivos del suceso traumático, reacciones disociativas (p. ej., escenas retrospectivas) en las que el sujeto siente o actúa como si se repitiera el suceso traumático, malestar psicológico intenso o prolongado al exponerse a factores internos o externos que simbolizan o se parecen a un aspecto del suceso y/o reacciones fisiológicas intensas a factores internos o externos que simbolizan o se parecen a un aspecto del suceso traumático.

Como es de suponer, este cuadro constituye un obstáculo que a menudo es insalvable en la obtención de testimonio, por el intenso malestar emocional que produce a las NNyA recordar y relatar lo ocurrido. Por diversas razones, también se da el caso, no poco frecuente, en que las NNyA se niegan a declarar, aun sin experimentar emociones particularmente negativas o intensas.

Dadas estas posibilidades, es conveniente comunicar a la NNyA que vamos a abordar el hecho que motivó la denuncia por única vez y que por ese motivo ella debe decidir si puede hacerlo en ese momento, o bien, prefiere dejarlo para otra fecha que se fije en el futuro. Además de que, al hacerlo, es fundamental que lo cuente de la manera más clara y completa posible.

Ante la imposibilidad de obtener una declaración, se debe posponer la entrevista en CG hasta tanto la NNyA pueda hacerlo y para ello la realización de un tratamiento psicológico resulta de gran utilidad. En primer lugar, el profesional tratante puede informar cuando la NNyA se encuentre en condiciones de declarar. Evitando así, citarla reiteradamente para que de su testimonio cuando ha dado muestras claras de no querer o no poder hacerlo, ya que se la estaría sometiendo a una situación estresante una y otra vez, por no cumplir con lo que esperamos de ella. Lo cual, constituiría una segunda victimización. Por otro lado, cuando la imposibilidad está causada por el malestar emocional, dicho tratamiento puede aliviar los síntomas posibilitando la declaración y en los casos de negativa puede ayudar a destrabar un conflicto intrafamiliar que posibilite a la NNyA hablar de lo ocurrido. Son de gran utilidad en estos casos la práctica de una evaluación socioambiental, a cargo de trabajadores sociales, a fin de conocer

(3) Asociación Americana de Psiquiatría, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5a Ed. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2014.

(4) *Idem*, nota 3.

aspectos de la dinámica familiar y factores que podrían condicionar la declaración de la NNyA.

IV. Titular el hecho y dar por sobreentendido

A menudo, las NNyA sienten pudor o incomodidad al relatar los hechos denunciados y evitan describir en detalle lo ocurrido. En su lugar, suelen limitarse a enunciar el hecho de manera genérica mediante expresiones tales como "...Me violó..." o "...Abusó de mí...", con lo cual titulan lo ocurrido y dan por sobreentendidos los detalles que lo componen. A su vez, frecuentemente surgen sentimientos de angustia al recordarlo y realizan pausas que deben ser respetadas, dándoles el tiempo que necesiten para reponerse antes de continuar. Además, es preciso demostrar empatía ante el sufrimiento vivido y manifestar, por ejemplo, que entendemos lo difícil que es para ella recordar una situación tan difícil. Que por ese motivo vamos a hablar del tema por única vez, pero que sería importante que intente describir las conductas y nombrar las partes del cuerpo involucradas con los términos que se expresa habitualmente, sin preocuparse por si son o no "malas palabras". Lo cual la autoriza para utilizar términos que le han enseñado que no debe decir y describir situaciones de las que, según le han enseñado, no está bien hablar. Esto es clave, dado que en este tipo de entrevistas la regla se invierte y se valoran sus intentos de comunicar lo más claramente posible lo sucedido.

Para lograr una adecuada descripción del hecho, resulta conveniente realizar primero preguntas abiertas que inviten a la NNyA a dar más detalles, tales como: "...Contame más sobre eso. ¿Cómo lo hizo?...". Para luego pasar a preguntas más específicas, del tipo: "...¿Qué parte del cuerpo utilizó para ello?..."; "...¿En qué parte de tu cuerpo te hizo esto?..."; "...¿Cómo estaba la ropa?..."; "...¿Cómo estaban ubicados?..."; "...¿Cuál fue tu reacción?...". La demora en responder, el tono emocional y la calidad de las respuestas ayudarán a determinar la credibilidad de la declaración.

Cuando la víctima evidencia un gran retraimiento, es conveniente sugerirle que escriba lo ocurrido, ya que sobre esa base puede luego elaborar un relato más completo.

En aquellos casos en que la NNyA se retracta de alguna declaración hecha con anterioridad, suele hacerlo de manera sucinta, limitándose a decir que mintió o negando que algo haya pasado. Ante ello, es de utilidad preguntar sobre su motivación para hacerlo y qué efecto esperaba lograr con lo dicho, ya que la coherencia, el detalle y el correlato emocional de dicho argumento también nos darán indicios de verosimilitud. En algunos casos, suelen dar respuestas muy pobres o surgir inconsistencias que revelan la falsedad de la retractación por presiones y/o carecer del apoyo necesario de sus familiares.

Las declaraciones de testigos también suelen ser incompletas o confusas, producto del estrés que ocasiona recodar el hecho en el ámbito judicial. Por lo que resulta esclarecedor solicitar a la NNyA que dibuje esquemáticamente el lugar, su ubicación, la de la víctima y el victimario, en el momento en que el entrevistador sale a la sala de observación para ver si hay preguntas. Luego, señalar junto con la NNyA a qué corresponde cada parte que compone el gráfico y adjuntarlo a la grabación de la entrevista.

V. La motivación secundaria para declarar

La motivación, del latín *motus*, cuyo significado literal es "movimiento" (5), es el conjunto de motivos (o incentivos) que intervienen en un acto electivo (6). En el contexto de la obtención de testimonio, la motivación primaria es el interés en comunicar el modo en que efectivamente ocurrieron los hechos. En tanto que la motivación secundaria es el interés por lograr cualquier otro resultado mediante una declaración. Por ejemplo, evitar ser reprendida o juzgada por una trasgresión cometida, tomar venganza, obstaculizar el vínculo entre su madre y una nueva pareja o poner fin a una convivencia conflictiva.

La motivación primaria y la motivación secundaria pueden presentarse juntas. Como en el caso de una niña que fue abusada y quiere lograr mediante su declaración que el denun-

(5) MERANI, Alberto, Diccionario de Psicología. Ed. Grijalbo SA, 1976.

(6) GUERRI PONS, Marta, Diccionario de Psicología, 2019. Recuperado de http://www.psicoinactiva.com/diccionario/diccionario_m.htm.

ciado deje de convivir con ella. O en el caso de que, además de abusar de ella, maltrata a su madre, donde la motivación secundaria sería interrumpir esto último, al igual que dejar de ser abusada.

En este sentido, nos encontramos con un gran abanico de posibilidades, con problemas de relación de diversa índole, donde la acusación de abuso puede cumplir distintas funciones para la víctima.

El relato de la NNyA posee dos aspectos que nos aportan información respecto de su motivación para declarar que deben ser explorados si no lo expresa espontáneamente. Uno de ellos es el contexto de la revelación: cuándo lo contó, a quién y en qué circunstancias ayuda a establecer la finalidad de dicha comunicación. Por otra parte, resulta más explícito aún su motivación cuando la NNyA manifiesta sus expectativas mediante expresiones tales como “...Quiero que vaya preso...”, “...Quiero ir a vivir con mi abuela...”, “...Quiero que se vaya de mi casa...”, “...Quiero que la familia siga unida...”. Ya que podemos inferir que dicho propósito la motiva a declarar y a menudo condiciona sus dichos, ya sea ocultando información, comunicando sus percepciones de la manera más fiel posible, o bien, falseando la realidad.

VI. Repetir la testimonial en cámara Gesell

El documento adoptado en el XVI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, conocido como “Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos”, dispuso respecto de las víctimas menores de edad “la utilización del menor sobre un principio de excepcionalidad, procurando que sea un mínimo de veces (con tendencia a la única vez) aquel en el que el menor sea interlocutor de cualquier actuación de investigaciones o procesales” [citado por Benítez (7)]. Lo cual evita a la NNyA revivir la situación traumática en un ámbito desconocido y cargado de significado, como lo es la sede judicial, además de las presiones a las que puede estar sujeta por parte de su entorno, teniendo

en cuenta que el victimario en la mayoría de los casos pertenece al círculo íntimo de la víctima.

No obstante, otro documento conocido como “Guía de Buenas Prácticas” (8) menciona cuatro situaciones específicas y puntuales en las que estaría justificado realizar una entrevista adicional:

- “...Cuando la NNyA le dice a alguien que tiene información relevante que por algún motivo no reveló al efectuarse la primera entrevista de declaración testimonial...”. Excepcionalmente, puede estar justificado repetirla por el hecho de que en ocasiones la NNyA no está segura de si debe declarar o no y aporta información insuficiente.

- “... El profesional a lo largo de la entrevista determina la conveniencia para la NNyA y el proceso de continuar la entrevista en otro momento...”. Si se detecta que la NNyA no quiere o no puede declarar, se debe suspender el procedimiento tan pronto como sea posible, preferentemente en la entrevista previa. Ya que resulta nocivo continuar cuando el malestar es muy intenso, como así también repetir la CG luego de ello.

- “... Las partes aportan nuevas pruebas sobre cuestiones no tratadas en la entrevista que suponen elementos significativos para la investigación, por lo que requieren necesariamente una nueva entrevista con la NNyA...”. En todos los casos, es necesario adoptar el criterio de repetir el procedimiento como último recurso.

- “...La declaración de la NNyA en la entrevista involucra en un hecho de abuso sexual a otra persona (u otras), quien no se encuentra imputada en el proceso. En este caso, el relato de la NNyA no debe ser interrumpido, sino que se debe permitir que pueda continuar, aunque luego el nuevo imputado pueda solicitar que se le tome una nueva declaración precisando cuestiones sobre las cuales la NNyA no se ha manifestado...”. La experiencia nos enseña que no es conveniente indagar en estos casos, en virtud de

(7) Citado por el Dr. Maximiliano Benítez en la Resolución 044/09 DGER, Defensoría General de la provincia de Entre Ríos, 2009

(8) Guía de Buenas Prácticas, para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas y testigos de abuso sexual y otros delitos. JUFEJUS, ADC Y UNICEF, 2013.

que muy probablemente sea nulo por razones procesales.

Cabe señalar que cada repetición de CG sienta un precedente, que luego dificulta impedir que se repitan injustificadamente las testimoniales subsiguientes.

VII. El mismo profesional realiza la cámara Gesell y la pericia

A menudo, el mismo profesional que realiza la CG efectúa también la pericia psicológica y algunos peritos sostienen que así debe ser, para evitar que la NNyA se vea obligada a hablar con dos personas distintas sobre circunstancias tan desafortunadas y privadas. No obstante, de este modo se concentra en una sola persona una gran parte de la responsabilidad del resultado del proceso, dado que ambos procedimientos frecuentemente son determinantes en la investigación de los delitos contra la integridad sexual de NNyA. Por otro lado, el psicólogo debe informar la CG una vez llevada a cabo, y con ello adopta explícitamente una posición respecto del caso que luego podría condicionar su dictamen posterior. Y así, menoscabar la objetividad de la pericia subsiguiente.

Debe tenerse en cuenta que se solicita a la NNyA que relate los hechos solo en CG —ya que la pericia psicológica responde a cuestiones concretas solicitadas por el magistrado o el fiscal sobre el estado psicológico actual, y si este presenta indicadores de exposición a escenas traumáticas compatibles con las de abuso sexual infantil (9)— y no indagar sobre los hechos que se investigan. Lo cual ya habrá sido abordado en profundidad en la obtención de testimonio y, salvo que la NNyA quiera agregar o cambiar algo de lo declarado, no debería volver a tratarse en la instancia pericial. Por lo tanto, la víctima no se ve obligada a hablar con personas distintas sobre los hechos a menos que así lo desee.

Al realizarse ambos procedimientos por distintos profesionales, posibilita que el dictamen

expresado al obtener el testimonio influya en menor medida en la pericia psicológica. Y ello no sería revictimizante dado que, en cada instancia, se estudian distintos aspectos de la NNyA: su relato del hecho y el estado psicológico actual.

VIII. La presencia del denunciado en la sala de observación

Existe una gran controversia respecto de si debe o no estar el imputado en la sala de observación de CG o circuito cerrado de televisión (CCTV) cuyas implicaciones jurídicas exceden los alcances de este artículo. No obstante, desde el punto de vista psicológico se desaconseja por varios motivos permitir el acceso del denunciado a la sala de observación. En primer lugar, constituye un problema ético ocultárselo a la NNyA, ya que sería un engaño dejarla creer que está declarando en unas condiciones determinadas, cuando en realidad lo es en otras muy diferentes. Por otra parte, al decírselo se obstaculiza la posibilidad de que declare libremente, ya que con frecuencia el abusador amenaza a la víctima para que no revele el hecho y es un miembro de su grupo familiar. En cuyo caso la influencia sobre la NNyA es aún mayor, ya sea de manera directa o a través de otros miembros significativos de entorno de la víctima.

Otra desventaja de que el denunciado presencie la entrevista desde la sala de observación la constituye la proximidad a la que se encontrarían. La NNyA podría cruzarse con el denunciado al llegar, o bien, temer encontrarlo al retirarse, y de hecho podría ocurrir. Finalmente, el denunciado estaría en condiciones de gritar y ser oído por la víctima, intimidándola aún más e impedir así que esta declare. En el caso de usar CCTV, con sala de observación apartada del ámbito donde se realiza la entrevista, se sortearían algunos de estos inconvenientes, pero no el principal: si la víctima sabe que el denunciado escucha en simultáneo lo que está diciendo, puede no querer declarar; y si se lo ocultamos, estamos ante un problema ético.

Al analizar este dilema, se puede caer fácilmente en el error de usar los mismos parámetros que para un adulto y suponer que puede soportar las presiones del entorno de la misma manera. Sin embargo, una NNyA posee mayor

(9) Protocolo de intervención judicial con NNyA víctimas de delitos contra su integridad sexual y testigos de delitos del equipo interdisciplinario del ministerio público de la defensa. Resolución 031/2013 Defensoría General de Entre Ríos, 2013.

dependencia de su grupo familiar; y el daño ocasionado por el abuso se produce cuando su personalidad se encuentra en formación. Razón por la cual, la familia tiene una gran incidencia tanto para significar los hechos y la denuncia como para influir en su declaración, ya que queda desvalida al perder el apoyo de sus familiares. Por tal motivo, precisa de mayor protección, cuidado y esfuerzos destinados tanto a impedir que sea influenciada en su declaración, como así también, para que reciba una adecuada contención y tratamiento.

IX. El informe de cámara Gesell

Ocasionalmente, la solicitud de entrevista testimonial en CG incluye un pedido de informe sobre similares interrogantes a los que suelen pedirse en la pericia psicológica, tales como si la NNyA posee indicadores de abuso sexual y tendencia a la fabulación como rasgo de personalidad, los cuales difícilmente pueden ser respondidos mediante una entrevista sobre hechos concretos que son objeto de la investigación penal, por lo que deben reservarse a la instancia pericial.

En el informe de CG, es importante consignar en primer lugar la predisposición a hablar de la NNyA, su actitud de respuesta y estado emocional en el momento de la entrevista. Como así también, si se observó algún impedimento para brindar testimonio de manera válida, confiable y completa por limitaciones del lenguaje, cognitivas u otras (10). A continuación, es de utilidad hacer una mención breve sobre lo manifestado respecto de los hechos que se investigan a los fines de agilizar la lectura del legajo, sin entrar en los detalles que constan en la grabación en CD o DVD. Luego, referirse al nivel de desarrollo intelectual aparente de la víctima y realizar una valoración preliminar de la credibilidad de la declaración, siempre y cuando surjan elementos suficientes para ello.

Por otra parte, es una buena práctica realizar un informe borrador el mismo día de la obtención de testimonio, ya que aún está claro el recuerdo de lo observado de manera directa. Posteriormente, debería analizarse la entrevista grabada y corregir el informe realizado con an-

(10) JUFEJUS, ob. cit.

terioridad a la luz de los aspectos que puedan haberse pasado por alto al llevarla a cabo. Realizar esto último al día siguiente permite tomar cierta distancia que aporta mayor objetividad a las observaciones.

X. La certeza en el juicio oral

En los juicios orales, es habitual que el abogado defensor le pregunte al perito psicólogo sobre la certidumbre de sus conclusiones, debido a que según el principio jurídico *in dubio pro reo*, si el tribunal tiene duda no puede condenar al acusado por un hecho criminal (11). Ante esto, el psicólogo forense no debe asumir la responsabilidad de aportar certeza ya que la psicología es una ciencia probabilística y como tal no puede hacerlo actuando responsablemente. Por el contrario, su aporte debe limitarse a describir los elementos relevantes observados y su significación técnica, reconociendo la falibilidad de nuestras apreciaciones.

No obstante, cuando la información relevada es clara, resulta conveniente señalar que, si bien la psicología no es una ciencia exacta que permita aportar certezas, los indicadores encontrados sugieren que las conclusiones son correctas. Y cuando la información obtenida sea ambigua en cuanto a su significado, ello también debería expresarse a fin de que sea valorada adecuadamente por el tribunal.

El perito debe referirse a la información que recaba de primera mano mediante las entrevistas que efectúa y las técnicas psicodiagnósticas que emplea, como así también de su significado según la bibliografía de referencia. En la evaluación del abuso sexual infantil, puede describir las características del relato y valorar si este presenta indicadores de credibilidad, como así también si la NNyA posee síntomas compatibles con la experiencia de abuso sexual infantil, dado que la psicología le aporta las herramientas para ello. Pero no puede decir con el mismo convencimiento, ni tampoco debe hacerlo, si la NNyA fue abusada, por quién, cómo ni dónde. Esto es así debido a que obtiene de primera mano la información relativa al relato y al estado psicoló-

(11) Enciclopedia jurídica, 2020. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/in-dubio-pro-reo/in-dubio-pro-reo.htm>.

gico actual pero no aquella concerniente a los hechos que se investigan.

XI. Análisis de algunos datos estadísticos

Desde la implementación del dispositivo de CG hasta la fecha, se han obtenido un gran número de datos que son materia de análisis respecto a las manifestaciones de la problemática. En esta oportunidad, se plantearán algunos indicadores con base en el análisis de una muestra de 461 CG realizadas consecutivamente desde el año 2012 hasta el año 2014:

- El 20,4 % de las CG realizadas corresponden a menores testigos de delitos, en tanto que el 79,6 % corresponde a víctimas de abuso sexual y otros delitos.

- De las víctimas entrevistadas, 80% son mujeres y 20% son varones.

- En un análisis preliminar, posee una alta credibilidad la declaración del 66% de las víctimas que afirman que el hecho ocurrió. A su vez, el 76% del total de las NNyA que declaran en calidad de víctimas lo hacen por denuncias de abuso sexual.

- El número de CG realizadas aumentó en un 176% al comparar el año 2014 (287 testimoniales) con el 2011 (104), primer año completo en que se utilizó el procedimiento en esta localidad. Además, aumento un 111% al comparar el año 2011 con el año 2012 (220), un 20% al comparar el 2012 con el 2013 (265) y un 8% al comparar el 2013 con el 2014. Lo cual señala que se produjo un crecimiento exponencial del número de testimoniales luego de su implementación, pero que dicho crecimiento ha ido disminuyendo significativamente cada año (12).

XII. Hipótesis sobre el aumento de las denuncias

Resulta difícil determinar las causas del significativo aumento de denuncias por abuso sexual. No obstante, el aporte de la CG en el proceso penal puede haber incidido en dicho resultado dado el mayor cuidado de las víctimas, a quienes se somete a revisión médica solo

cuando es necesario, según lo que surge del relato y por única vez. También se entrevista en CG en una sola oportunidad y solo en ocasiones debe volver a concurrir, para la realización de la pericia psicológica. Además, la CG favorece la obtención de información válida para la realización de justicia, lo que trae aparejados mejores resultados en el proceso.

Por otro lado, se aplican medidas cautelares en forma casi inmediata, tales como excluir del hogar al denunciado y prohibirle el acercamiento a las víctimas y testigos, lo cual permite ver a los justiciables que la denuncia realizada tiene rápidos efectos para el denunciado.

Por otra parte, nuestra sociedad atraviesa un proceso donde tanto la violencia como el abuso sexual están siendo resignificados. Pasan cada vez más, de ser un tabú y una vergüenza para quien lo vive a ser una problemática endémica que afecta a muchas personas y debe ser abordada adecuadamente. Nos valemos, para ello, de los recursos de la justicia y la salud capaces de subsanarlo. Asimismo, está dejando de ser considerado un problema de índole privada, para ser entendido cada vez más como lo que es, una vulneración de los derechos humanos fundamentales.

Finalmente, el tratamiento de casos de abuso sexual en los medios de comunicación ha tenido un papel preponderante en dicho proceso, lo cual generó un aumento no solo de las denuncias basadas en casos reales, sino también de las falsas denuncias.

XIII. Conclusiones

El tiempo transcurrido desde la puesta en funcionamiento de la cámara Gesell en la ciudad de Concordia, en el mes de octubre de 2010 hasta la fecha, ha posibilitado relevar numerosos datos estadísticos y una experiencia nutrida por una gran diversidad de casos y situaciones que presentan desafíos en el desarrollo de las entrevistas y requieren cierta creatividad para ser superados. Asimismo, resulta de sumo interés la sistematización de tales reflexiones de manera tal de optimizar los métodos empleados mediante su discusión y análisis desde diversos puntos de vista, además de facilitar la tarea a quienes comiencen a ejercer esta labor

(12) Calculado en base al total de testimoniales en CG realizadas hasta 2014, en Concordia, Entre Ríos.

en el futuro, habida cuenta de que la evaluación del abuso sexual infantil en el ámbito forense se encuentra atravesada por una doble finalidad, el cuidado de la víctima y obtener información útil y lo más objetiva posible para la realización de justicia. Esto constituye una delgada línea en la que resulta muy fácil cometer excesos, tanto en el sentido de dañar a la víctima preguntando más de lo necesario, como aportar menos información de la que sería posible por temores,

a veces injustificados, de causar un daño emocional.

XIV. Bibliografía complementaria

JASUME MASIP, Eugenio Garrido, "La evaluación del abuso sexual infantil". Ed. MAD S.L. 2007.

VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, "Manual de psicología forense". Ed. Síntesis, 2005.

La protección de la imagen de las personas fallecidas

Leonardo B. Pérez Gallardo (*)

Sumario: I. A propósito del derecho a la propia imagen y su reconocimiento constitucional.— II. Derecho a la propia imagen y muerte.— III. La protección *post mortem* de la imagen en la codificación civil contemporánea.— IV. ¿Puede la persona en vida disponer las reglas de la protección *post mortem* de su propia imagen?— V. La resurrección digital de las personas fallecidas.— VI. Conclusiones.

“La memoria (...), es también lazo de unión entre vivos y muertos, fragua la historia individual y colectiva, es pieza necesaria del motor que hace andar a la sociedad generación tras generación. A una República sana interesa que no se denigre o menoscabe la buena memoria de los difuntos.”

Mariano Alonso PÉREZ.

I. A propósito del derecho a la propia imagen y su reconocimiento constitucional

Entre las novedades de la nueva Constitución cubana, proclamada el 10 de abril de 2019, está el reconocimiento entre los derechos —doctrinalmente catalogados de fundamentales— del derecho a la propia imagen, cuya autonomía aunque discutida en un inicio, hoy cada vez se va consolidando, regulándose como tal en algunas de las Constituciones de Iberoamérica (1), entre las que se destaca la cubana y en algunos Códigos Civiles, tanto iberoamericanos como

europeos, sobre todo los de factura más reciente (2).

El reconocimiento del derecho a la propia imagen como uno de los derechos fundamentales y a la vez derecho de la personalidad realiza la protección de la persona como centro del derecho en derredor de la cual gravita todo el ordenamiento jurídico. Es una manera de proteger la personalidad, y en el ámbito del derecho civil, un modo de centrar la atención en las situaciones existenciales, desplazadas a lo largo de la historia hacia las de naturaleza patrimonial. Como expresa un autor francés al estudiar el tema desde la óptica del *Code*, “[c]abe sostener, en efecto, que los juristas romanos o del dere-

(*) Profesor titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario.

(1) Artículos 46.7 y 66.18 de la Constitución de Ecuador, artículo 2, segundo párrafo, de la Constitución de El Salvador, artículo 21.1 de la Constitución de Bolivia, artículo 60, primer párrafo, de la Constitución de Venezuela, artículo 44, primer párrafo de la Constitución de República Dominicana, artículo 18.1 de la Constitución de España, artículo 2.7, primer párrafo, de la Constitución del Perú, artículos 25, primer párrafo y 33, segundo párrafo, de la Constitución del Paraguay, artículos 76 y 182.2, segundo párrafo, de la Constitución de Honduras, artículo 5.V y X de la Constitución del Brasil.

(2) Así, en el artículo 16 del Código civil de Bolivia, artículo 15 del Código civil del Perú, artículo 53 del Código civil y comercial de Argentina, artículos 47 y 48 del Código civil de Costa Rica (reformados por la Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996) y artículo 36 del Código civil de Quebec. Y en el continente europeo destacan entre otros el artículo 10 del Código civil de Italia, el artículo 79 del Código civil de Portugal, los artículos del 84 al 90 del Código civil de la República Checa y los artículos 2:58 y 2:50 del Código civil de Hungría.

cho antiguo no se habían en general preocupado del respeto de la personalidad (...) y que el legislador del Código Civil, desprovisto de 'precedentes', olvidó de modo involuntario regular la protección de la personalidad. Pero cabe sostener también que, después de la Declaración de los Derechos del Hombre, pareció superflua la protección de la persona en el plano del derecho privado: el silencio del legislador sería, según eso, deliberado" (3). En efecto, los códigos decimonónicos cuya principal inspiración lo fue el *Code* fueron esencial y casi exclusivamente patrimonialistas, centrados en la propiedad, el contrato y en la herencia, mucho más que en la persona. Lo que parecía el sentido común y la lógica no funcionaron en absoluto y el péndulo giró hacia una dirección equivocada. El propio paradigma de la codificación moderna, al que se volcaron todas las miradas, apareció más como un *derecho del patrimonio* que como un *derecho de las Personas* "(...) y no es de extrañar que los privatistas franceses del siglo XIX no se hayan apenas asomado al problema de la protección de la persona. Los derechos de la persona humana eran solamente estudiados en el ámbito del Derecho natural o de la Filosofía (...)" (4).

El reconocimiento del derecho a la propia imagen como un derecho autónomo o independiente ha sido el resultado de un largo proceso de sedimentación doctrinal y jurisprudencial (5). Este "(...) surge del hecho que el ser

(3) NERSON, Roger, "La protección de la personalidad en el Derecho privado francés," traducción de José María Castán Vázquez, Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 19.

(4) *Ibidem*, pp. 19-20.

(5) Así, en países como Colombia en el que no existe incluso en la Constitución de 1991 un reconocimiento del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, la jurisprudencia nacida de la interpretación del texto constitucional por la Corte Constitucional ha dejado claro tal autonomía y su contenido esencial "a través de tres facetas: (Sentencia T-379 de 2013) (i) la autodefinición de la imagen propia: la autonomía de cada individuo para determinar desde el punto de vista estético su propia imagen o autodefinir su ser, como quiere verse y como que lo perciban los demás, la dimensión de autodefinición del ser (en cuanto a su aspecto físico, el nombre, la voz, entre otras); (...) (ii) la utilización de la imagen, que incluye dos aspectos, a) el positivo relacionado con la potestad de la persona de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no -ya sea de manera onerosa

humano está en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como cara externa de la persona, a través de distintos medios e instrumentos" (6).

Como ha expresado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: "Con la protección constitucional de la imagen se preserva no solo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así pues, lo que se pretende

o gratuita-, pudiendo incluso autorizar a un tercero la utilización de su imagen, y b) negativo, referido a la posibilidad de prohibir la obtención, utilización o reproducción no autorizada de la imagen de una persona; y (iii) la imagen social, que comprende la caracterización que una persona logra de sí misma en la sociedad y que le permite identificarse plenamente frente a los demás" (Sentencias T-379 de 2013 y T-090 de 1996). Según se deja sentado en la Sentencia T-546 de 11 de octubre de 2016 (magistrado ponente: Palacio Palacio). En la Argentina, se ha dejado sentado que "el derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta es hecha sin autorización, a menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho (CNCiv., 28/06/1988. JA, 1989-I-89)". Y más recientemente se ha dicho que "el reconocimiento de un derecho personalísimo a la imagen ha generado numerosas consideraciones y también controversias en la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y extranjeras. Partiendo de la discusión relativa a su autonomía con respecto a otros derechos subjetivos, continuando con la calificación de su naturaleza y la determinación de su contenido, y concluyendo con los aspectos relativos a su disponibilidad, protección y explotación económica, este derecho ha sido objeto de un proceso de construcción conceptual, producto de la tarea de los diversos operadores jurídicos" OLMEDO HERRERA, Alberto Orlando vs. YPF SA y otro s. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala M; 17/11/2020; Rubinzal Online; 115914/2013 RC J 7990/20.

(6) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización," en Revista *Ius et Praxis*, año 13, No. 2, pp. 245-285 (p. 260).

con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas” (Sentencia no. 04559 - 2019, de 15 de marzo de 2019, recaída en proceso de amparo constitucional, ponente: magistrada Hernández López). Para la Corte Constitucional de Colombia, “[e]l valor que se le atribuye jurídicamente a la imagen de las personas está asociado a la relación que existe entre los rasgos exteriores que concretan la individualidad del ser humano, la personalidad y la dignidad, lo cual justifica que su utilización no esté librada al arbitrio de terceros. Bajo esa comprensión se ha desarrollado la noción del derecho a la propia imagen, definido por la jurisprudencia como la libertad del sujeto de decidir en qué eventos y bajo qué condiciones otras personas tienen la posibilidad de captar, publicar, reproducir o comercializar su imagen” (Sentencia T-904 de 2013, de 3 de diciembre, magistrada ponente: Calle Correa).

II. Derecho a la propia imagen y muerte

Hay consenso —al menos eso suele percibirse— en la doctrina de que los derechos de la personalidad o derechos personalísimos, dentro de los que se incluye el derecho a la propia imagen, al extinguirse la personalidad con la muerte, ellos igualmente se extinguen al depender su existencia de aquella. *Ergo*, fallecida una persona, y extinguirse su personalidad, decae toda vitalidad de tales derechos. Empero, ¿cabría argüir que, aún fenecida la persona, y aún extinguida su personalidad, podremos borrar el pasado? Como apunta en un sugerente título de un artículo recientemente publicado, el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Leiva Fernández, ¿es lo mismo estar muerto que no haber vivido? (7) ¿Acaso los muertos, aun cuando desaparecen físicamente, también se desvanecen del recuerdo de los vivos, de los afectos de los familiares y allegados e incluso del respe-

to y veneración de las generaciones posteriores? El transcurso de una persona por la vida, ¿se esfuma de repente con su fenecimiento? ¿No merece protección la personalidad que un día fue? ¿No es digna de protección o interés legítimo atendible la memoria pretérita de quien un día fue persona?

Estas interrogantes nos llevan de la mano al escabroso tema de si es dable hablar o no de la memoria pretérita o de la protección de ciertos intereses legítimos, dignos de tutela que un día fueron el contenido de los derechos de la personalidad de esta. En tal sentido, cabe preguntarnos si en buena técnica jurídica es dable hablar de una protección *post mortem* de los derechos de la personalidad, entre los que se incluye el derecho a la propia imagen. ¿Qué sucede cuando tras el fallecimiento de una persona se utiliza su imagen, sin que esta en vida haya legitimado *post mortem* su uso, o en todo caso, lo haya prohibido expresamente? ¿Puede vilipendiarse la imagen de una persona fallecida? ¿Es protegible? ¿Tal protección depende que sus familiares más cercanos ejerciten una acción dirigida a su protección? ¿Qué acontece si el fallecido no tenía parientes cercanos o propinuos con interés en proteger su imagen?

Según Crovi y Rivera, “en cuanto a los muertos existe coincidencia casi generalizada en el sentido de que la personalidad concluye con la muerte” (8). No obstante, los profesores argen-

(8) RIVERA, Julio César - CROVI, Luis Daniel, “Derecho civil. Parte general”, Abeledo Perrot, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª edición, 1ª reimpresión, p. 211. No obstante, esta tesis es puesta en dudas por algún autor. Así, CÁRDENAS KRENZ, Ronald, ¿Tienen derechos los muertos?, en *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, vol. 1, no. 1, enero-junio de 2020, 171-197, quien afirma que “(s)omos existencia y trascendencia. Con la muerte, dejamos de ser sujetos de derecho, pero igual, de diversas maneras, nuestra vida sigue proyectándose más allá de nuestra presencia física” (p. 173). A juicio del autor la dignidad de la persona es el fundamento de sus derechos *post mortem* “no es que los muertos cuenten con derechos de por sí, sino en tanto su condición pretérita de personas; los tienen en forma limitada, restringida, sin poder ejercerlos por sí mismos, por cierto, pero derechos, al fin y al cabo, como una prolongación trascendente de su personalidad y sobre la base de una dignidad póstuma que tiene el ser humano”. En consecuencia, para el autor “Hablar de ‘derechos de los muertos’ no es técnicamente exacto, pues solo las personas los tienen; pero vale el término si lo que quiere decirse con él es que tenemos

(7) Vid. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La personalidad pretérita (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)”, en *Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje al académico, Dr. Santos Cifuentes*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 281-316.

tinios ofrecen dos alternativas de su protección *post mortem* haciendo alusión a un “deber genérico de respeto a la memoria de los fallecidos” (9), ya sea a través de “la protección de los derechos de sus descendientes que pueden verse afectados en su propia dignidad por la ofensa a su ascendiente” (10) o por el “reconocimiento de un deber jurídico genérico de respeto a la memoria de los difuntos” (11), alternativa esta que permitiría —según este criterio— la protección de la memoria de quienes no procrearon en vida.

En un preclaro estudio sobre el tema, el profesor salmantino Alonso Pérez, al analizar la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, deja sentado que las personas fallecidas carecen de derechos fundamentales y no pueden ser sujetos pasivos de invasión o intromisión alguna. En todo caso la norma tutela respecto del fallecido “aspectos vivientes de una personalidad extinta” (12), amén de la ofensa que, para los familiares del fallecido, el vilipendio pueda suponer. En tal sentido, objeta la tesis del profesor Lacruz Berdejo, quien expresa que “... los herederos o parientes reclaman derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita: el sujeto no pervive por ello, pero, aun desaparecido, queda un resto de derechos extrapatrimoniales que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer en favor —sobre todo— de la buena memoria del difunto, por ciertas personas como gestores de esa buena memoria: no como derechos

propios” (13). Como ciertamente objeta el profesor Alonso Pérez la afirmación de Lacruz Berdejo lleva en sí “aporías insalvables, a pesar de contener un sustrato verdadero” (14). Para ello se objeta por el docto profesor salmantino dos razones, a muy juicio técnicamente impecables, “[e]n primer lugar, si la personalidad es pretérita, fue, pero ya no es. Desaparecida la sustancia (...), desaparecen sus atributos. Si ha desaparecido el sujeto de derecho y se ha extinguido, por ello, su personalidad, los derechos extrapatrimoniales o son transmisibles o, de lo contrario, terminan con su titular. No hay derechos fenecidos gestionables por parientes o herederos, como un 'resto de ellos'. No se pueden cuidar o hacer valer relaciones jurídicas extintas, salvo que no perezcan y un nuevo titular suceda en ellas. En cuyo caso, no hay gestión de intereses ajenos, sino propios. Y, en segundo lugar, 'resto de derechos extrapatrimoniales' y 'buena memoria del difunto' son categorías distintas: o los sucesores hacen valer ese resto jurídico transmisible, recibido como *suum ius* a través del cauce hereditario; o las personas designadas bien testamentariamente, bien legalmente han recibido una encomienda del difunto para cuidar la defensa de su memoria, que ni está constituida por derechos extintos con la muerte, ni menos aún por los transmisibles” (15). A juicio del autor —criterio con el que se está conteste— “la *memoria defuncti* (...) pertenece al pasado (...), pero tiene la virtud de fluir hacia el presente y pervivir en él con entidad propia, incluso trasvasada a íntimos y familiares” (16).

La muerte arrebató el *corpus* de la persona que un día fue, convierte ese *corpus* en cadáver, extingue la personalidad jurídica, y con ello los derechos y deberes jurídicos que tienen naturaleza personalísima, pero de esa persona quedan los recuerdos, los afectos, el cariño, la memoria que reposa entre los vivos, si bien los derechos fundamentales y civiles extrapatrimoniales de los que era titular se extinguen. Por esa razón se habla de prolongación de la memoria pretérita,

derechos que se ejercen luego de haber muerto. Y es que el yo no se acaba con la muerte” (p. 192). Vid., asimismo, VILLARREAL, Héctor, “Fundamento de los derechos post mortem de la persona y su situación en la Ciudad de México”, en www.academia.edu, consultado el 14 de diciembre de 2020.

(9) RIVERA, J. C. - CROVI, L. D., “Derecho civil...”, ob. cit., p. 211.

(10) *Ibidem*.

(11) *Idem*.

(12) ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencia3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, consultada el 19 de noviembre de 2020.

(13) LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., “Elementos de Derecho civil, I. Parte General. II. Personas”, Barcelona, Bosch, 1990, p. 28.

(14) ALONSO PÉREZ, M., “Daños causados...”, ob. cit.

(15) *Ibidem*.

(16) *Idem*.

más allá de la muerte de una persona, sobre la base del carácter imperecedero de la dignidad de la persona (art. 40 de la Constitución), lo que sustenta la tesis de que los fallecidos no pueden ser tratados como cosas, sino con el respeto que merecen. Si bien, como expresa Alonso Pérez, “los difuntos ya no tienen intimidad, ni deshonra, ni buena o mala imagen (...) su memoria prolonga en otras personas su buen o mal nombre, sus recuerdos dignos o indignos invaden a los vivos y les atañen” (17) “[l]a memoria de cualquier difunto es hija de la dignidad” (18), “[l]a memoria es un residuo inextinguible de la dignidad humana, que perdura mientras sea lesionada, vilipendiada o injuriada” (19).

De lo que vengo explicando cabe colegir que “la muerte es causa de extinción de los derechos de la personalidad, [l]a muerte extingue la persona, soporte de todo derecho e interés, [l]a libertad, el honor o la intimidad son inescindibles del ser humano, y media impedimento para afirmarlos después de fallecido, por lo cual no cabe que sea víctima de ofensa ninguna” (20), pero con la muerte cobra existencia la memoria de la persona fallecida, pues su dignidad requiere respeto por el derecho, deviniendo en un interés legítimo, merecedor de protección jurídica (21). Por ello le es dable a la persona en

(17) Idem.

(18) Idem

(19) Idem.

(20) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “La dignidad a propósito de los muertos”, en *Revista de Comunicación y Salud* 2009-XII, 3, cita Online: AR/DOC/3959/2009.

(21) Hasta cierto modo, es la tesis de CÁRDENAS KRENZ, R., “¿Tienen derechos...?”, ob. cit., p. 192. Desde el Derecho español y conforme con la filosofía de la Ley Orgánica 1/1982, a que se ha hecho referencia, sostiene Cámara Lapuente que “(e)l interés jurídicamente protegido es la dignidad de la persona fallecida, para cuya defensa se establece un elenco de personas con legitimación procesal *ope legis*, que tienen sólo facultades defensivas de esa personalidad pretérita, no un propio derecho subjetivo completo, por más que también puedan accionar en defensa de sus propios derechos de la personalidad afrentados por la misma intromisión ilegítima”. Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido. Vulneraciones del honor, intimidad, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica”, en *Revista de Derecho civil*, vol. VII, núm. 5, octubre-diciembre, 2020 (pp. 117-

vida designar una persona que se convierte en custodio o gestor *post mortem* de su memoria, una especie de administrador *post mortem* de su patrimonio moral, que a diferencia de los derechos de la personalidad ya extintos y en consecuencia imposible de vulnerar más allá de su extinción, aquella sí que puede vilipendiarse tras el deceso de una persona.

En este orden, cabe distinguir que el daño a la memoria pretérita puede ser resarcido a favor de las personas legitimadas para ello debido al parentesco, el matrimonio o la sucesión, amén de los daños que esas personas pueden recibir *per se, iure proprio*, con motivo de la afeción que puede suponerles a derechos fundamentales de los que son titulares, como el honor, la imagen o la intimidad personal o familiar. Como agudamente expresa el profesor Alonso Pérez, “[l]a sede final de la memoria siempre está en los vivos, y de forma dinámica en quienes, por lazos hereditarios, parentales o de amistad salen en su defensa si es ofendida o ultrajada” (22). “El respeto a los difuntos, la preservación incólume de su buena memoria (...) salta a sucesores, familiares y amigos, pero nace y se regenera constantemente en la personalidad extinguida para prolongarse en los vivos. Representa (...), los elementos incorruptibles del ser humano en cuanto portadores de una dignidad imperecedera” (23). En tal sentido hay que hilar fino para poder precisar concretamente qué es lo que se protege y por quién. La vulneración de la memoria pretérita puede llevar consigo un resarcimiento patrimonial —ahora en el plano civil y no netamente constitucional—, pero también la necesaria reparación de tal vulneración ejercitándose una acción encaminada únicamente al cese de la conducta ominosa del agresor, aunque ello carezca de amparo constitucional, al no estarse en presencia de derechos fundamentales. Como arguye Zavala de González, “[a]lgo muy distinto de afirmar la intimidad de un muerto es que, en virtud de cercanos lazos familiares u otros también estrechos (unión sexual, amistad íntima), una invasión en la memoria u otras huellas dejadas por aquel afecte la

174), p. 126, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216, consultada el 18 de enero de 2021.

(22) ALONSO PÉREZ, M., “Daños causados...”, ob. cit.

(23) *Ibidem*.

dignidad de supérstites; pero entonces son estos las víctimas, no el desaparecido” (24). A su juicio —criterio que comparto—, “el muerto no puede ser damnificado jurídico, sino referente material de una ofensa, la cual puede adquirir carácter de tal con motivo de 'lo que fue' antes de morir, que perdura como recuerdo o proyección en la personalidad de otros, auténticos destinatarios de la agresión” (25). Atribuirle derechos a una persona fallecida no me parece técnicamente aceptable, si bien tras su fallecimiento compete la ejecución por terceros de los derechos que esta ejerció en vida, o tenga una naturaleza especial, digamos *sui generis*, la memoria como recuerdo de quien un día fue uno más del mundo de los vivos, pues sería irracional y contra toda lógica que los fallecidos se borren de una vez y por todas, pues aún fallecidos importan y trascienden en el mundo de los vivos.

Por ese motivo comparto la tesis de que los derechos personalísimos o derechos de la personalidad como derechos subjetivos se extinguen con el fallecimiento de su titular, pero hay un interés jurídico atendible, que merece protección del derecho para resguardar los bienes jurídicos respecto de los cuales aquellos derechos ya fenecidos tenían por objeto, así *u.gr.*, la imagen del hoy fallecido (26). El fallecimiento de la persona

(24) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “La dignidad...”, *ob. cit.*

(25) *Ibidem.*

(26) Sin embargo, la confusión sigue en la actualidad y la jurisprudencia —incluida la constitucional— no allana el camino, sino que en su afán de proteger la imagen de esa persona que fue, ante la más mínima falta, como puede ser el uso de ella no autorizado no descarta la protección post mortem del derecho fundamental a la imagen de una persona ya fallecida. Así, *v.gr.*, la Corte Constitucional de Colombia que se caracteriza por el tecnicismo de sus fallos en su Sentencia T-75/1994, magistrado ponente: Martínez Caballero, considera que, el derecho imagen, entre otros derechos fundamentales y la dignidad de una persona se proyectan más allá de la muerte Y en tal orden, tomando en cuenta la jurisprudencia precedente. Asimismo, en la Sentencia T-478/2015 (magistrada ponente Ortiz Delgado), la Sala Quinta de Revisión de dicha Corte señaló que: “(...) en aras de proteger la dignidad, la honra, el buen nombre, la intimidad, la memoria y la imagen del fallecido, los familiares de la persona afectada pueden interponer acciones de tutela para asegurar el respeto de tales derechos frente a las acciones de terceros”. Por último, en su Sentencia T-628/2017, de 9

lleva consigo que su imagen desaparezca para el futuro, pero la imagen, como la persona que fue, existió, por eso ha de protegerse para el futuro la imagen pretérita, o sea, la imagen de quien fue la persona, dado que ya fallecida, no tiene imagen en el mundo presente, en el mundo terrenal, pero de la misma manera que se conserva

de octubre, magistrada ponente: Ortiz Delgado al interpretar el artículo 27 de la Ley 87 de 1982 afirma que “por disposición legal la muerte de las personas no convierte a la imagen en un bien de dominio público y subsiste el derecho a impedir su reproducción o explotación sin autorización” con lo cual se está conteste, pero aporta en la interpretación constitucional del tema el que “la faceta fundamental del derecho a la imagen, en la medida en que está íntimamente relacionada con la dignidad humana se extiende más allá de la muerte y, por ende, el juez de tutela tiene competencia para establecer la vulneración del derecho fundamental a la imagen y tomar las medidas de protección correspondientes a pesar del fallecimiento del titular del derecho”. En lo que a mi juicio entra en una petición de principios, pues no es dable hablar de la vulneración de un derecho fundamental, que como tal no existe tras la muerte de su titular. Cuestión diferente es que se proteja la imagen del fallecido como expresión o prolongación de lo que fue su personalidad. Es cierto que el fallecimiento no es la puerta que abre el vilipendio de esa imagen o que lleva a que se desvanezca todo esfuerzo de esa persona en vida porque lo que fue su imagen se siga protegiendo, con independencia de su notoriedad o relevancia pública. Su condición de humano y la dignidad que como tal le atañe a toda persona que fue, lo amerita. La muerte no borra la existencia de la persona, con independencia de que los familiares estén interesados o no en proteger su memoria. Habrá siempre un interés público en guardar respeto por ella. Algo similar sucede con las personas fallecidas y el derecho al honor. Vid. a tal fin, DE VERDA - BEAMONTE, José Ramón, “Libertad de creación literaria y protección post mortem del derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril”, *Diario La Ley*, no. 7090, Sección Tribuna, 12 de enero de 2009, año XXX, Ref. D-9, Editorial LA LEY, La Ley 41.583/2008. A juicio del autor, en el contexto español, el Tribunal Constitucional ha dejado ciertos filos que ponen a la doctrina a pensar. Así, en la Sentencia 43/2004, de 23 de marzo (La Ley 886/2004), “no excluyó la posibilidad de que pudiera interponerse un recurso de amparo en protección de un ‘derecho’ fundamental de la personalidad de un difunto, si bien no estimó el concreto recurso de que conoció” (p. 5). Sostiene el profesor de la Universidad de Valencia que en este caso el conflicto se produjo entre el derecho al honor y el derecho a la libertad científica, entendiendo el Tribunal Constitucional que “la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica” (p. 5). Por su parte, en la Sentencia 51/2008, de

el asiento de inscripción del nacimiento de una persona ya fallecida como constancia de que existió en el mundo jurídico, la imagen también es un trazo de su existencia terrenal. Es dable aclarar que cuando hablo de imagen lo hago en el entendido de externalidad, contorno físico de la persona, no en sentido de imagen como proyección moral, ética, profesional o social del fallecido, la que también trasciende.

La protección de la imagen se extiende más allá de la muerte, de ahí que el titular en vida del derecho a la propia imagen puede, en previsión del hecho luctuoso legitimar a una persona para que defienda cualquier hecho o acto que suponga transgredir lo que fue su imagen, o ejercitar acciones dirigidas a permitir la reproducción de dicha imagen, sea por medios analógicos o digitales.

III. La protección *post mortem* de la imagen en la codificación civil contemporánea

Si bien la mayoría de los Códigos Civiles no regulan expresamente la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad sobre la base de su inexistencia tras el fallecimiento de quien fuera su titular en vida, algunos se pronuncian al respecto. Llama la atención el Código Civil portugués, que en su art. 71.1. formula con alcance general: “Los derechos de la personalidad también gozan de protección después de la muerte de su respectivo titular”; y a tal fin legitima por razón del vínculo familiar al cónyuge sobreviviente, a los ascendientes, a los descendiente, hermanos y sobrinos y por razón del vínculo sucesorio, a sus herederos, a ejercitar acción dirigida a solicitar la responsabilidad civil o a solicitar las medidas adecuadas conforme con las circunstancias del caso, a los fines de evitar la consumación de la amenaza o mitigar los efectos de la ofensa ya cometida, acciones de las que en vida sería titular el ofendido, y a su muerte se le reconocen a dichas personas (cfr. art. 71.2 en relación con el art. 70.2). Algo similar sucede con el Código Civil del Brasil que en su art. 12,

14 de abril que motiva sus comentarios “tampoco se excluye la posibilidad de interponer un recurso de amparo por lesión del ‘derecho’ al honor de una persona muerta, pero de aminorar su protección frente al ejercicio de otro derecho fundamental (en este caso, la libertad de creación literaria), hasta el punto de no estimar el recurso” (p. 5).

parágrafo único, implícitamente también los reconoce al disponer en relación con el apartado 1 del mismo artículo que cuando es un muerto el que sufre las amenazas o lesiones a los derechos de la personalidad, la posibilidad de exigir el cese le compete al cónyuge *superstite* o a los ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado. A juicio de Gustavo Tepedino, “es acertada la conclusión de que la personalidad acaba con la muerte, que se toma del art. 6 del Código Civil. Sin embargo, tras la muerte de la persona, quedan *resquicios de su personalidad*, que pueden ser protegidos por los citados *daños indirectos*. En verdad, en los casos de lesión de los derechos de la personalidad del difunto, se presentan *daños directos* —a los familiares— y también *daños indirectos o por rebote*, que atañen a los muertos y repercuten en quienes la ley considera como legitimados” (27). De tratarse en concreto de la imagen de los difuntos, el art. 20, en su parágrafo único, le otorga legitimación *post mortem* para su defensa al cónyuge y a los ascendientes y descendientes (28).

El tema ha sido arduamente debatido entre los autores brasileiros para explicar la posición del legislador. Desde una postura clásica se atribuye a los derechos de la personalidad el carácter de derechos subjetivos y en consecuencia la explicación de su existencia a partir de la categoría relación jurídica, o sea, dos sujetos dotados de personalidad relacionándose en polos distintos. Al tomar ello como premisa, se ha intentado encontrar el fundamento de los derechos de la personalidad de la persona fallecida

(27) TEPEDINO cit. pos TARTUCE, Flávio, *Direito Civil, Lei de introdução e parte geral 1*, 15ª edição, revista, actualizada, ampliada, Editora Forense, Río de Janeiro, 2019, p. 270.

(28) Lo que ha llevado a la doctrina brasileira a analizar la manera más armónica de interpretar los artículos 12, parágrafo único, y 20 parágrafo único, respecto de los sujetos legitimados, mucho más amplio en los términos del artículo 12 que de los del artículo 20, el primero con alcance general a todos los derechos de la personalidad, y el segundo con un alcance mucho más limitado, al regular tan solo el derecho a la imagen. Así, a juicio de TARTUCE, ambos preceptos se comunican entre sí, de modo que pudiera entenderse que dichas normas apenas trazan relaciones ejemplificativas de los sujetos legitimados extraordinariamente para los casos de lesión de la personalidad del fallecido. Vid. TARTUCE, F., *Direito Civil...*, ob. cit., pp. 271-273.

sobre la base de varias tesis que intentan justificar la razón por la cual el derecho los protege, por supuesto desde distintos ángulos esbozados por la doctrina brasilera, objetables eso sí, según el punto de mira con el que se les enfoca (29).

(29) Según las sistematizan DE OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato - FREIRE DE SÁ, María de Fátima, "Honra e imagem do morto?, Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade," Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, pp. 118-123. A juicio de estos autores, la primera de las tesis los sitúa en un derecho familiar nacido como consecuencia de la violación de la memoria de la persona fallecida, una segunda habla de la existencia de reflejos post mortem de los derechos de la personalidad, aunque la personalidad no exista de hecho, una tercera postula la transmisión post mortem de una legitimación procesal, de medidas de protección y preservación para la familia del difunto y una cuarta preconiza la colectivización de los derechos de la personalidad que antes de la muerte de la persona estaban en titularidad del fallecido, pero que tras la muerte se colectivizan ya que habría un interés público en impedir las ofensas a aspectos que, además de no ser subjetivos, protegen la propia noción de orden público (p. 119). La crítica a dichas teorías no se ha hecho esperar. Según afirman los referenciados autores, conforme con la primera de dichas tesis la familia sería víctima debido a la ofensa de la memoria del fallecido. Ahora bien, ¿cómo es posible que tal ofensa conlleve la posibilidad de la representatividad por parte de la familia para defender esa memoria? ¿Cómo justificar la existencia de un derecho subjetivo violado debido a la ofensa a alguien que ya murió y que en consecuencia no tiene personalidad jurídica, careciendo de derechos subjetivos? Conforme con la segunda tesis, si se habla de reflejos de los derechos de la personalidad, entonces cómo es posible que existan tales reflejos si la personalidad ya se extinguió, lo cual presupone la existencia de consecuencias sin causa, ello sin pensar que se crearía una nueva categoría, la de "reflejos de los derechos sin derechos" o algo incluso más polémico "reflejos de derechos sin personalidad". La tercera de las tesis reconoce a la familia *legitimatío ad processum*, lo cual implica, como mínimo, la posibilidad de existir derechos en cuestión. Ahora bien, si no existe tal posibilidad fáctica, no habrá entonces legitimación. Luego, si existe la posibilidad en el orden judicial de discutir "derechos" es porque ellos existen y alguien debe ser el titular. Si la titularidad corresponde a la familia, se tropieza con el problema de la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad y si se le atribuyen a la persona fallecida estaríamos frente al absurdo de estar hablando de derechos subjetivos cuyo sujeto ya no es más persona. La cuarta de las tesis alude a la noción de titularidad colectiva de derechos, respecto de la cual se le objeta que con ella se intenta justificar con un paternalismo típico del Estado Social, una posición funcionalista sin fundamentación alguna. La concepción de valores homogéneos desprivilegia el pluralismo jurídico caracterizador del propio Estado Democrático de Derecho (pp. 119-120).

A los fines de superar los escollos erigidos en la construcción dogmática de la figura, De Oliveira Naves y Freire de Sá han defendido sus argumentos sobre la base de la no necesidad en el concepto de relación jurídica de la convergencia de derechos y deberes, de modo tal que los unos sean coincidentes con los otros. En tal sentido han sustentado la posibilidad de la existencia de deberes jurídicos sin los correspondientes derechos subjetivos. Y a tal fin han dicho que "[n]o es preciso ver reconocido al muerto, o a su familia, derechos de la personalidad para reconocer una esfera de no libertad infringida por alguien. El muerto puede ser el referencial de una posición jurídica consustanciada en el deber jurídico violado por alguien. De esa forma, no tiene sentido evaluar la personalidad del muerto, sea en su integralidad, sea como mero reflejo. Para el mejor entendimiento, podríamos hacer un paralelo entre el muerto y la situación del *nascituro* o de los llamados entes despersonalizados. En aquellos casos cesaría cualquier posibilidad de ejercicio de la autonomía privada. Si el derecho imputa situaciones jurídicas al *nascituro* o a los entes despersonalizados, lo hace jurídica y principio lógicamente, debido al ejercicio futuro de la autonomía de una persona física (*nascituro*) o de la realización de una actividad personificada. Por tanto, si alguien lesiona la 'honra o la imagen del muerto' no ofende derechos —porque estos no existen—, mas viola deberes" (30).

Estos autores, a los fines de explicar las acciones defensivas ante la vulneración de la memoria pretérita, esgrimen la idea que una situación jurídica puede contemplar la violación de deberes, con independencia de la existencia de la personalidad y de derechos correspondientes. A su juicio, "[e]l muerto no tiene personalidad, no es detentor de derechos, no se inserta en una relación jurídica intersubjetiva, no obstante, la imputación de responsabilidad a aquel que infringió una esfera de no libertad" (31). Esta construcción explicaría la faceta defensiva *post mortem* de la imagen, pero no su estadio fisiológico, o sea, el acto mismo a cuyo tenor se sientan las pautas para el ejercicio *post mortem* de la imagen del fallecido. Claro está los auto-

(30) *Ibidem*, p. 122.

(31) *Idem*.

res se asientan en los trazos legales que los artículos comentados del Código Civil del Brasil establecen, ambos dirigidos al ejercicio de acciones defensivas de los derechos de la personalidad del fallecido —como literalmente hace alusión el art. 12—, o a la imagen en concreto —art. 20—. De ahí la argumentación de que “[a] la familia no le son transferidos 'derechos de la personalidad', mas le es atribuida una esfera de libertad procesal en la defensa de la no infracción de deberes que se refieran a la 'figura' del muerto. Luego, lo que se tiene entonces es solamente el diferimiento de una legitimación procesal en la defensa de esa situación jurídica de deber, en la cual el muerto está inserto, en fase de juicio de reprobabilidad objetivada normativamente” (32).

Por su parte, la sección 2:50 del Código Civil de Hungría regula el derecho *in memoriam* y en tal sentido legitima a los familiares, sin más distinción, o a quien haya sido nombrado heredero testamentario del fallecido a ejercitar la acción judicial correspondiente por violación de su memoria, con derecho a reclamar cualquier ventaja económica obtenida por tal violación. En caso de pluralidad de herederos, tal ventaja se distribuirá entre ellos conforme con su participación hereditaria. Téngase en cuenta que el Código Civil húngaro no regula los derechos de la personalidad del fallecido al estilo del Código Civil portugués, sino la memoria de este en su faceta defensiva.

El Código Civil y Comercial de la Argentina tampoco participa de la posición del Código Civil portugués o del de Brasil, pero en ocasión de regular el derecho a la imagen en su faceta fisiológica respecto de los sujetos legitimados para autorizar la captación o reproducción de la imagen de una persona incluye el caso de personas fallecidas (art. 53, tercer y cuarto párrafos) en cuyo supuesto le correspondería la autorización a la persona habilitada a tal fin por el testador, o a los herederos, y de no existir acuerdo entre estos, lo decide el juez. La prohibición de reproducción no ofensiva decae con el tiempo. Transcurridos 20 años, es posible, sin la autorización de nadie.

(32) Idem.

III.1. La protección post mortem de la imagen en el Código Civil cubano

El vigente Código Civil cubano, si bien no regula pormenorizadamente los derechos inherentes a la personalidad ni les da el estatuto jurídico que merece, sí prevé su faceta defensiva, o sea, dispone las acciones conducentes a reparar su violación, ya sea el cese inmediato de la violación o la supresión de sus efectos, la retractación pública del ofensor o la reparación de los daños y perjuicios causados (art. 38), legitimación que se hace extensiva a sus causahabientes según el dictado literal del párrafo inicial de dicho artículo. En todo el articulado del Código no hay una mención expresa al derecho a la propia imagen, de ahí que tampoco haya mención a su protección *post mortem*. No obstante, dicha protección se inserta en la formulación general y abstracta del art. 38 que no distingue entre unos y otros derechos personalísimos o inherentes a la personalidad. Como expresa la profesora Valdés Díaz en ocasión de comentar este artículo del Código Civil, “[e]l causahabiente adquiere la legitimación para el ejercicio de esas acciones derivadas de la facultad de exigir de su titular, en una sucesión constitutiva prevista por la norma, es decir, con base en el derecho del titular, se constituye en cabeza del sucesor la facultad de exigir con todo el contenido que luego perfila el propio legislador. No creo que se incluyan aquí supuestos de transmisión *inter vivos*, sino únicamente lo que podríamos llamar protección *post mortem* de estos derechos, concebida como tutela a su memoria, pues lo contrario equivaldría a una degradación de la dignidad humana” (33). Es objetable que el precepto limite la legitimación *post mortem* a los causahabientes, entendido en el contexto de la norma como los sucesores *mortis causa*,

(33) VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Comentarios al artículo 38”, en Comentarios al Código Civil cubano, tomo I — Disposiciones preliminares. Relación jurídica, volumen II (artículos del 38 al 80), Félix Varela, La Habana, 2014, pp. 1-20 (p. 14). Posición que parece también asumir, aunque sin abundar concretamente en lo relativo a la imagen, DELGADO TRIANA, Yanelys, “Protección en el ordenamiento jurídico cubano a los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral”, Tesis en opción al grado científico de Doctora en ciencias jurídicas, bajo la dirección de Reinerio Rodríguez Corría, Santa Clara, 2007, pp. 79-111 (en PDF), disponible en la biblioteca personal del autor.

ya sea herederos o legatarios, y no lo haga extensivo a los familiares más propincuos del fallecido, con un interés legítimo indudable por la violación de la memoria pretérita —que no de los derechos de la personalidad— del fallecido. El empleo del término causahabiente pudiera generar un verdadero quebradero de cabeza, pues su sentido jurídico cerraría las puertas a los familiares, no herederos, por muy cercanos que estos sean. Solo una interpretación conforme con la Constitución del art. 38 del Código Civil, correctora de este, concretamente amparada en el art. 40 de la Carta Magna que reconoce la dignidad como fundamento y pórtico de los derechos constitucionales, y la protección a las familias con cobertura en los arts. del 81 al 89 de dicho texto constitucional, aplicando los principios, valores y reglas contenidas en ella, sería posible entonces superar el valladar que hoy día en materia de legitimados *post mortem* para la defensa de la violación de la memoria pretérita de los fallecidos, implica la reducción de estos a los causahabientes (34).

En fin, el art. 38 habilita a los causahabientes *mortis causa* el ejercicio de facultades defensivas de la imagen del fallecido como prolongación de su personalidad que le trasciende (35), lo cual, a mi juicio también supone que implícitamente son ellos los legitimados para aceptar o prohibir la reproducción y publicación de la imagen del causante, siendo su asentimiento piedra angular para utilizar su imagen, siempre que esta no se haya pronunciado en vida, con expresa prohibición de tal empleo a su deceso, o

(34) En su interpretación del precepto la profesora VALDÉS DÍAZ llega a afirmar —en época en que no estaba vigente la Constitución cubana de 2019— que “La expresión causahabiente está utilizada aquí en sentido restringido, aunque no como sinónimo de heredero, pues pienso que no es necesario tener esa condición para entender que una persona ‘trae causa’ y está facultada para exigir respeto a la memoria de su causante”. Vid. VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Comentarios al artículo 38...”, ob. cit., p. 14.

(35) Como expresa CÁMARA LAPUENTE en el entorno de la Ley Orgánica 1/1982 “la personalidad del difunto se entiende por ley como un bien jurídicamente relevante y digno de protección más allá de la muerte de la persona, de manera que el daño que se le inflige consiste en la pérdida de la valoración objetiva de la dignidad que el fallecido mantuvo en vida”. Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La lesión por medios digitales...”, ob. cit., p. 126.

en caso de admitirlo —la utilización de su imagen—, ateniéndose en todo caso a las directrices otorgadas y a los límites impuestos por ella.

IV. ¿Puede la persona en vida disponer las reglas de la protección *post mortem* de su propia imagen?

Pocos países como España tienen una norma *ad hoc* protectora de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Mucho ha escrito la doctrina científica respecto de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil a estos derechos, ya citada, en cuya formulación, aunque de modo —a mi juicio— errático, se pretende ofrecer una protección o tutela a estos “derechos” tras la muerte de su titular. Lo que además ha sido confirmado por un sector de la doctrina científica y por no pocas sentencias del Tribunal Supremo español (36). Entiéndase mi discrepancia no en el

(36) Así, a guisa de ejemplo: en la Sentencia no. 329/2005 de 4 mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), RJ 2005\3966, magistrado ponente: Sierra Gil de la Cuesta, se falla un asunto en el que se viene interesando la correspondiente indemnización por intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen de una persona fallecida. En efectos los padres y la cónyuge del fallecido interpusieron demanda como consecuencia de la publicación sucesiva por un diario de Murcia (días, 27 de junio de 1997, 1 de julio de 1997 y 5 de julio de 1997) en aquél diario de tres reportajes: los dos primeros relativos al fallecimiento de dicha persona y, el tercero, titulado “Navicon pretende que quince empresarios canarios traigan sus plátanos a la península por Santa Lucía”, por venir ilustrado con una foto en la que aparece el cadáver de aquél cubierto con una manta en el puerto de Cartagena. El conflicto -entendió el Tribunal Supremo- quedó circunscrito a la ponderación del derecho a la imagen y el ejercicio de la libertad de información la cual triunfa en este caso concreto, pero en lo que se está analizando, en momento alguno el Alto Foro niega la existencia del derecho a la propia imagen de una persona fallecida. En la Sentencia no. 823/2008 de 19 septiembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª), RJ 2008\5528, magistrado ponente: Auger Liñán, en un caso en que los demandantes interesaban la protección de los derechos fundamentales de la persona, por vulneración de los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar de su hermano, el cual había fallecido el 24 de junio de 1999 en un accidente, practicando parapente con motor en el Puerto de la Cruz (Tenerife), se solicitaba la condena de los demandados por intromisión en los derechos fundamentales del fallecido y de las actoras, al haberse publicado en primera página una fotografía del momento del rescate del cadáver de su hermano, izado por una grúa, con el torso desnudo, los brazos rígidos y abiertos y el rostro desfigurado,

afán de protección en sí de la memoria pretérita, tal y como se dice en la Exposición de motivos, sino en pretender proteger derechos fundamentales que fenecen con la muerte del que fuera su titular. La profesora Cobas Cobiella al estudiar la mencionada norma pone al descubierto algunas de las contradicciones que encierra. Para ella queda claro que los derechos de la personalidad se extinguen con el fallecimiento de su titular, pero deja sentado que “aun cuando la muerte de la persona hace que pierda su esencia corporal hay aspectos y cuestiones que por su naturaleza inmaterial perduran” (37) debido a que existe “una necesidad práctica de resolver de alguna forma las situaciones que se pueden producir por intromisiones en la memoria

ilustrando un reportaje —que era completado en páginas interiores por otra fotografía del mismo momento— en el que se daban toda clase de datos sobre la identidad y circunstancias personales del fallecido. Para el Tribunal Supremo los derechos fundamentales que entran en colisión en el caso examinado son el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la imagen, por un lado, y la libertad de información del diario, por otro. Mi crítica va en el sentido de que el Tribunal Supremo tampoco deja suficientemente claro en la Sentencia que respecto de las personas fallecidas no es posible hablar de una lesión al derecho a la propia imagen. En la Sentencia no. 898/2011 de 30 noviembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), RJ 2012\1640, magistrado ponente: Xiol Ríos, se hace referencia al derecho fundamental a la propia imagen en el caso de una persona fallecida. El asunto versó en relación con la publicación de un reportaje sobre la aparición del cuerpo sin vida de una joven en un lugar público, insertando una fotografía del cadáver y otra en la que aparecía viva y que en síntesis puede resumirse en: hecho noticiable de interés público a través de la crónica judicial y de sucesos que debe guardar proporcionalidad: fotografía centrada y enfocada en portada de una persona privada que aporta un interés escaso a la noticia y que afecta intensamente al ámbito familiar íntimo de la fallecida, sin que pueda prevalecer el derecho a la información: desproporción al publicar junto a aquélla la fotografía en vida que permite la identificación directa de sus rasgos físicos con los del cadáver descubierto: invulnerabilidad del derecho a la imagen por haber sido proporcionada dicha fotografía al medio informativo por sus familiares. Como se constata de la propia síntesis de la Sentencia, se da por sentada la existencia de un derecho a la imagen de una persona fallecida, aunque a la postre el Tribunal lo que apreció fue la vulneración del derecho a la intimidad familiar de los más próximos parientes.

(37) COBAS COBIELLA, María Elena, “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en Revista boliviana de Derecho, N.º 15, enero 2013, pp. 112-129 (p. 123).

de una persona ya fallecida” (38). No obstante, a mi juicio, la protección a la memoria pretérita obedece a razones que van más allá de intromisiones en ella, pues el diapasón de esa tutela es mucho más abarcador y no solo se atañe a la legitimación por razón de la defensa misma de la memoria, sino en supuestos no defensivos, al solo fin de rendirle culto y respeto. Por ello la solución que en ocasiones ofrece la doctrina puede seguir vaga e imprecisa, al reconocer que sí hay una protección *post mortem*, que el derecho necesita de acciones de tutela, pero sin dejar claro el verdadero contenido o esencia de la memoria pretérita.

La delimitación de la memoria pretérita como *corpus* que contiene la imagen del difunto es pieza clave para entender por qué las personas en vida pueden fijar o trazar reglas relativas a la utilización o uso de su propia imagen tras su fallecimiento y disponer de ella. Ahora bien, cabría precisar que la disposición sobre la imagen de una persona para que surta efectos tras su deceso, ha sido entendida por algunos un supuesto de sucesión extrapatrimonial, en tanto otros encuentran en él un típico caso de legitimación *post mortem* conferida por la persona en vida o en defecto de ello por el legislador que determinará un orden de prelación que no tiene por qué coincidir con el sucesorio, al situar el tema en el ámbito de la *pietas familiae* y no en el de la sucesión *mortis causa*. En fin, tampoco desde la jurisprudencia resulta nítido el objeto de protección y de disposición. Aunque descartó la posibilidad de que este sea el derecho fundamental sobre la propia imagen que se extingue con la muerte de su titular, ni doctrina ni jurisprudencia al menos se pronuncian en el orden técnico como ha de ser, utilizando indistintamente los términos “memoria del fallecido” o “derecho a la imagen del fallecido” o “imagen del muerto”, con la confusión que ello supone en el orden estrictamente técnico. Prefiero en tal sentido hablar de una protección a la memoria en la que se sitúa como una emanación de esa memoria lo que fue la imagen de la persona, que tiende a proyectarse hacia la posteridad a partir de sus innumerables fotografías, videos, filmes en los que está contenida, amén de lo que supone hoy día el desarrollo de la sociedad de la

(38) *Ibidem*, p. 119.

información y con ello de la era digital, dado el trazo o huella que dejamos los humanos en el ciberespacio.

Es el testamento una de las vías a través de las cuales puede la persona en vida trazar el dictado para la protección de su imagen *post mortem*. Por vía testamentaria puede el titular del derecho a la propia imagen determinar quiénes serían a la postre los que velarían por el cuidado de su imagen física como parte de su memoria, ante cualquier agresión o intromisión ilegítima, con independencia de los derechos a la intimidad familiar y personal que pudieran verse lesionados respecto de los familiares y personas allegadas al fallecido. Se trataría de una legitimación *post mortem* cuya fuente sería la propia voluntad del testador, y en su defecto, del legislador que al estilo del ordenamiento español puede legitimar en atención al vínculo afectivo-familiar a los parientes más propincuos al fallecido. Pero en sede testamentaria puede el testador no solo legitimar a una o varias personas físicas o jurídicas para la protección de su imagen, sino también para el uso que de ella quiera que se haga, posibilidad de actuación que muchas veces se obvia al centrarse la atención, esencialmente en la faceta defensiva. En la doctrina se citan casos de personajes famosos en la historia musical que han hecho expreso pronunciamiento sobre su imagen. Emblemático, con respecto al tema aquí en discusión, es el caso de Pavarotti. En el llamado “Testamento americano”, en el cual dispone entre otras cosas la constitución de un fideicomiso en el que confluyen todos los bienes materiales e intangibles que deja en Estados Unidos, existe también una cláusula específica sobre la transmisión del derecho a administrar la comunicación de su imagen y la distribución de su nombre solo a su esposa, excluyendo a todos los demás herederos legítimos de esto. Similar también fue el caso de John Lennon, quien atribuyó, en este caso mediante el establecimiento de un fideicomiso específico, a su esposa Yoko Ono el honor y carga de llevar adelante su pensamiento a través de sus obras, su imagen y su memoria. En tanto, Michael Jackson dejó a sus hijos cerca de un centenar de obras aún inéditas y a su madre el

derecho a utilizar su imagen para conciertos en su honor u homenajes de diversa índole (39).

El tema cada día gana más importancia, la era digital impone retos éticos y jurídicos al manejo y utilización de las imágenes de las personas que los usuarios de las redes sociales colocan en sus perfiles de las distintas cuentas que operan en ellos, a lo cual deben sumarse los conflictos que pudiera derivar tras el fallecimiento de los titulares de dichas cuentas.

En efecto, tras el fallecimiento de una persona, a menos que haya dispuesto ella misma en vida cómo y bajo qué circunstancias debe utilizarse la que fue su imagen física, será la persona que ella legitime la que podría utilizar su imagen o ejercitar las acciones conducentes a protegerla ante intromisiones ilegítimas. En su defecto, compete al legislador la determinación de círculo de familiares más cercanos legitimados para ello, sustentado eso sí, en motivos más que sucesorios, de naturaleza familiar. No obstante, este criterio no es uniforme, y hay ordenamientos jurídicos que habilitan a los herederos tanto para la legitimación *post mortem* de la defensa de la memoria pretérita, como también para autorizar la utilización de la imagen de una persona ya fallecida (40).

(39) Según nos da cuenta PRINCIVALLE, Silvia, “Il testamento artistico: la spersonalizzazione del nome e dell’immagine dei personaggi noti. Il caso Pavarotti” en *Giustizia civile*, Rivista mensile de Giurisprudenza, fasc. 3-4, vol. LXIII, marzo-aprile 2013, pp. 135-153 (p. 136).

(40) A modo ilustrativo, el Italia, el artículo 10 del Codice regula el abuso de la imagen ajena, imponiendo una indemnización por los daños y perjuicios y el cese del abuso por parte de quien exhibe o publica la imagen, salvo en los casos en que la exhibición o publicación están permitidos por la ley o con perjuicio de la dignidad y reputación de la persona o familiares. Pero ¿qué pasa con estos derechos cuando muere la persona titular? La ley italiana (Ley no. 633/41, artículos 93 y ss.) dispone que, tras la muerte del autor o del destinatario, se requiere el consentimiento del cónyuge o los hijos o, en su ausencia, de los padres; a falta del cónyuge, hijos y padres, los hermanos y hermanas y, en su defecto, ascendientes y descendientes hasta el cuarto grado. No obstante, también se prevé que sea la persona titular de la imagen objeto de explotación quien pueda, mediante un escrito específico, prever el destino que debe tener su imagen tras su muerte (artículo 93 último apartado de la Ley 633/1941). En este último caso, prevalece el testamento del causante quien, por tanto, puede regular el derecho a utilizar su

El tema merece un especial detenimiento. En la doctrina italiana, Princivalli nos referencia la figura del llamado “testamento artístico”, en el que se concreta la voluntad *mortis causa*, esencialmente de personas notables, que quieren delimitar el destino, tras su fallecimiento, de su imagen y también de su nombre. A juicio de la autora, el punto que ella llama focal del tema está en que “con la muerte el nombre y la imagen de un personaje famoso no se disuelven, sino que se transforman en una nueva entidad con una relevancia económica autónoma que podría ser encomendada, gestionada y organizada por un sujeto elegido *ad hoc* por el difunto. Es el fruto de un desarrollo: el artista da su nombre, su imagen, su trayectoria profesional, pero luego estos bienes se transforman y desarrollan a su muerte, precisamente, creando un nuevo derecho para el beneficiario elegido. Se crea un nuevo activo intangible, nacido del ingenio de quienes saben usar ese nombre o esa imagen de la mejor manera posible y hacerlos crecer” (41). Ciertamente, la imagen o el nombre de un gran artista pueden convertirse en un activo intangible para aquella persona legitimada al fallecimiento del artista a los fines de su explotación o uso. Tómese en consideración también la faceta patrimonial que el derecho a la imagen tiene. Sobre esa base la autora aclara que “lo que queremos trasladar con un acto *mortis causa* no es el 'derecho' al nombre y la imagen en sí mismos que siempre han sido derechos intransmisibles, sino lo que ese nombre e imagen representan en el sentimiento colectivo. Es el derecho al uso exclusivo de lo que representan el nombre y la imagen del difunto” (42). Se pone especial énfasis en que “[l]a imagen y el nombre de un artista sufren (tras el fallecimiento del que fuera su titular), por tanto, un cambio radical con el acontecimiento de la muerte: estos elementos ya no están vinculados a la persona sino al imaginario colectivo y al sentimiento. Es un derecho inherente a la memoria emocional de la sociedad que permanece ligado a un personaje que ha marcado más o menos profundamente el sentido artístico de la comunidad y que sigue vi-

imagen mediante testamento para el tiempo siguiente a su fallecimiento.

(41) PRINCIVALLE, S., “El testamento artístico...”, ob. cit., p. 145.

(42) *Ibidem*, pp. 145-146.

viendo en sus obras, sus escritos, su imagen y su voz” (43). Por ello, aplicando la analogía *legis*, sobre la base de lo dispuesto en el art. 96 en relación con el art. 93, ambos de la Ley italiana de derecho de autor (44), *prima facie*, le “parecería posible dejar con una cláusula testamentaria específica el derecho a elegir, incluso de carácter artístico, e interferir, con implicaciones presentes y futuras, en la perpetuación de la persona del fallecido a nivel humano o profesional, decidiendo las formas y métodos de comunicación y realización de hechos y manifestaciones de cualquier índole, a través de los medios de expresión actualmente disponibles o de desarrollo futuro” (45).

IV.1. La imagen post mortem del papa en la Constitución Universi Dominici Gregis

La prohibición de tomar imágenes del cuerpo de una persona fallecida puede provenir también de una disposición canónica. Así, la Constitución Universi Dominici Gregis de 22 de febrero de 1996 del papa Juan Pablo II, relativa a la sede apostólica y a la elección del Romano Pontífice, lo prohíbe expresamente respecto a la figura del papa. Su apartado 30 dispone: “A nadie le está permitido tomar con ningún medio imágenes del Sumo Pontífice enfermo en la cama o difunto, ni registrar con ningún instrumento sus palabras para después reproducirlas. Si alguien, después de la muerte del papa, quiere hacer fotografías para documentación, deberá pedirlo al Cardenal Camarlingo de la Santa Iglesia Romana, el cual, sin embargo, no permitirá que se hagan fotografías del Sumo Pontífice si no está revestido con los hábitos pontificales”. Se trata de un supuesto en el que es la norma

(43) *Idem*, p. 149.

(44) La regla del artículo 96 de la Ley de derecho de autor prevé que el retrato, y por lo tanto la imagen de una persona no puede ser exhibida, reproducida o comercializada sin el consentimiento de ella y, durante el tiempo después de su muerte que la ley establece, refiriéndose expresamente al artículo 93 que este “derecho de veto” al uso indiscriminado del retrato puede ser ejercido por el cónyuge, por los hijos o, en ausencia de ellos, por los padres, hermanos y hermanas. En cualquier caso, queda a salvo la voluntad del difunto, si ésta resulta de un documento escrito.

(45) PRINCIVALLE, S., “El testamento artístico...”, ob. cit., p. 150.

canónica la que veda todo intento de fotografiar al papa en su lecho de muerte, hasta tanto no esté revestido con los hábitos pontificales. Aquí hay un límite incluso a la autonomía privada del papa como persona y titular de su propia imagen, quien, debido a su alta investidura, solo podrá ser fotografiado o tomada cualquier imagen en las circunstancias prevista en la norma, aunque su voluntad privada fuere otra (46). Por otro lado, cualquier prohibición al respecto del Sumo Pontífice dirigida a impedir sea captada su imagen *post mortem*, incluso en sus propios funerales tendría a su vez el gran escollo del carácter notorio y célebre que tiene su figura y el interés público de la noticia de su fallecimiento, amén de que el ritual canónico lleva consigo una exposición pública, por varios días, del cadáver.

V. La resurrección digital de las personas fallecidas

Desde hace ya varios años se viene hablando de un fenómeno que mucho tiene que ver con el presente tema. Musion, una empresa de Londres dedicada a la creación de tecnología de proyección holográfica, abre el debate de lo que se dio en llamar *digital resurrection*, a cuyo tenor grandes estrellas del mundo del espectáculo, del cine o de la televisión se revivificarían en el entorno artístico. Se trata de un complejo proceso tecnológico que transforma la imagen grabada en holográfica al proyectarla a través de un espejo y una tela invisible al ojo humano. El primer intento de ello fue en el festival americano de Coachella, en el año 2012, donde se resucitó al rapero Tupac, fallecido en 1996, haciendo un dueto con Snoop Dogg (47). La pregunta que todos se formulan es si ello es posible ética y jurídicamente y hasta qué punto los familiares o herederos legitimados para proteger o incluso disponer de la utilización de la imagen de las

personas fallecidas están habilitados para llegar hasta ahí, cuando la persona en vida nada dispuso a tal fin, pues se trata o bien de colocar en filmes recientes a fallecidos en relación con los cuales no se sabe si su voluntad era participar en estos filmes o cantar a dueto con un artista determinado que muchas veces ni tan siquiera llegaron a conocer por razón de la temporalidad de sus vidas, al no haber sido coetáneos. Y ni qué decir las implicaciones que ello tiene en el campo de la propiedad intelectual, pues por ejemplo el filme en el que se resucita puede que la temática incluso no esté acorde con las convicciones que este tuvo en vida y, no obstante, los parientes más allegados lo aprueban sobre la base de un marcado interés económico.

Lo que también se ha dado en llamar “necrofilia cinéfila”, constituye un verdadero dilema ético que pone en evidencia las luces y sombras de los efectos digitales. No caben dudas de que las imágenes que se crean a través de las computadoras [Computer Generated Imagery —imágenes creadas por computadoras— (48)] nos han permitido recrear épocas pasadas y mundos imposibles que trascienden los límites de la imaginación de los humanos, pero hay también límites éticos y jurídicos que no pueden traspasarse por respeto precisamente a la memoria de

(48) Al respecto, MURILLO CHÁVEZ, Javier André, “La problemática jurídica detrás de la resurrección mediante CGI de actores y/o actrices fallecidos/as”. IGranadaFO-DERTICS 6.0. Los nuevos retos del derecho ante la era digital (2017) p. 63 — 73, (p. 66) disponible en: http://works.bepress.com/javier_murillo/52/, consultado el 12 de diciembre de 2020, nos ofrece un panorama de las distintas modalidades de resurrección digital que hoy se conocen. En tal caso, el autor distingue entre los supuestos en los que se emplean imágenes de producción previa de ese actor o actriz fallecida en una nueva producción audiovisual, por ejemplo: la resurrección de los pilotos rebeldes Gold lider y Red lider en *Rogue One: a Star Wars Story*, de aquellos otros en los que no existen imágenes de producción previa. Aquí se revive a un personaje para nuevas escenas fílmicas sin utilizar grabaciones previas del actor o actriz en vida, lo cual puede ser a su vez, con intervención de actor/actriz similar, cuando se produce la resurrección de un personaje en una nueva producción audiovisual por medio de la grabación de un actor o actriz secundario/a muy parecido al fallecido/a, p.ej. las escenas del Gobernador Tarkin durante la película *Rogue One: a Star Wars Story*, o en formato animado, cuando se crea una animación 2D o 3D del personaje que interpreta el actor o actriz fallecido/a, p.ej. el caso del Gobernador Tarkin en algunos capítulos de *Star Wars Rebels*.

(46) De ahí que, en la parte relativa a la promulgación de la Constitución de referencia se deja explícitamente dispuesto que “Esta debe ser inviolablemente observada por todos, no obstante, cualquier disposición, al contrario, incluso si es digna de especialísima mención”.

(47) “¿Sería rentable la resurrección digital de las personas fallecidas?”, en <http://www.marketingdirecto.com/digital-general/digital/%C2%BFseria-rentable-la-resurreccion-digital-de-las-personas-fallecidas>, consultado el 07 de diciembre de 2020.

los fallecidos, por muy famosos que estos hayan podido ser. Desde las redes sociales se informa de la resurrección digital de grandes estrellas de la interpretación a base de píxeles e igualmente en el cine. A pesar de la opinión pública y de sus críticas certeras, se da a conocer la participación de James Dean en el largometraje *Finding Jack*, de modo que el célebre actor protagonizaría su cuarta película a más de seis décadas de su fallecimiento. Pero los antecedentes son varios: hay que unir a esa lista a Peter Cushing en *Rogue One: a Star Wars Story* (49), a Philip Seymour Hoffman, en *Los juegos del hambre: Sinsajo*, parte 2, a Paul Walker en *Fast and Furious 7*, a Oliver Reed, en *Gladiator* o a Nancy Marchand en *Los soprano* (50), a lo cual también habría que sumar en el mundo de la música las giras de los hologramas de Amy Winehouse, María Callas o Roy Orbison, “vueltos a la vida” gracias a la tecnología digital y el avance de los efectos

(49) Peter Cushing en el papel de MOFF TARKIN en *Rogue One*. Nada más este filme de Gareth Edwards, la presencia del intérprete británico fallecido hace más de 20 años marcó un antes y un después en Hollywood. Un cambio no sólo desde el punto de vista de los estudios, que pudieran incluir en sus castings a actores ya desaparecidos, como desde el punto de vista de los intérpretes, preocupados por la forma en la que proteger (o perpetuar) el uso de su imagen una vez muertos. En declaraciones a *The New York Times* la productora Kiri Hart explicó cómo utilizaron el trabajo del actor británico Guy Henry vestido como Cushing e interpretando el papel, transformando su apariencia digitalmente para convertirse en el mismo Moff Tarkin de hace cuatro décadas. Un proceso similar al que utilizaron para volver a mostrar en *Rogue One* el rostro de una Fisher de 19 años (en el cuerpo de Ingvild Deila). En efecto, en esta película se utiliza la misma técnica para recrear en una escena a la joven Princesa Leia Organa, papel interpretado en 1977 por la ya fallecida Carrie Fisher.

(50) Vid. LÓPEZ, G. Víctor, “La resurrección digital de James Dean: entre la revolución técnica y la necrofilia cinéfila”, en <https://www.espinof.com/actores-y-actrices/resurrección-digital-james-dean-revolución-tecnica-necrofilia-cinefila>, consultado el 08 de diciembre de 2020. Igualmente, LLANOS MARTÍNEZ, Héctor, “La resurrección digital de James Dean”, en *El país*, 26 de noviembre de 2019, https://elpais.com/cultura/2019/11/25/actualidad/1574704933_334417.html, consultado el 08 de diciembre de 2020. Vid. también desde la perspectiva italiana, FEDE, Sandro “Resurrección digital y derecho a la imagen”, en <https://www.studiolegalefed.it/2016/12/28/resurrezione-digitale-diritto-allimmagine/> consultada el 12 de diciembre de 2020.

especiales (51). En tanto, mientras escribo este artículo se promociona el Holograma Tour de Whitney Houston por toda España (52). Sin embargo, el caso de James Dean ha levantado más las críticas, porque a diferencia del resto de los mencionados, en los que su fallecimiento acaeció en la época en que se estaban filmando las películas (53), no ocurre así con él: su resurrección digital no tiene justificación alguna pues las razones aducidas por uno de los directores del filme es no haber encontrado un actor a la altura del papel, de modo que el fallecido James Dean “daría vida” al personaje secundario de mayor relevancia del guion (54). Tal situación ha generado una verdadera preocupación entre actores y actrices, que en lo adelante tendrán que dejar bien explícito en su testamento todo lo que atiene a la utilización de su imagen tras su fallecimiento y sobre todo a lo que atañe a la explotación comercial. Algunos actores se han anticipado. Así, Robin Williams, fallecido en el 2014, dispuso la prohibición de la explotación de su imagen para uso comercial hasta 2039 (55). Asimismo, descartó por completo cualquier inserción digital en películas o series de televisión u hologramas (56).

(51) “Hollywood se revuelve ante la próxima resurrección digital de James Dean”, en *el Periódico*, jueves 7 de noviembre de 2019, en <https://www.elperiodico.com/es/extra/20191107/polemica-james-dean-resurreccion-digital-771822>, consultada el 11 de diciembre de 2020.

(52) Vid. <https://www.google.com/search?q=holograma+tour&oq=holograma+tour&aqs=chrome..69i57j0i22i30.3369j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> consultada el 15 de diciembre de 2020.

(53) Así aconteció con el personaje de Próximo en *Gladiator* (2000) lo que se debió a la muerte de Oliver Reed durante el rodaje; igualmente, por la muerte en el set de Brandon Lee en la filmación de *The Crow* (1994); y, el personaje de Brian O’Conner en *Furious Seven* (2015) por el accidente automovilístico mortal de Paul Walker.

(54) De ahí las críticas de la que ha sido eco la noticia, provenientes de actores y actrices de Hollywood y de algunos familiares cercanos de actores y actrices fallecidos. Vid. “Hollywood se revuelve...”, ob. cit.

(55) Vid. “Los actores se protegen de su resurrección digital”, en *El día*, domingo, 22 de enero de 2017, disponible en: https://www.eldia.com.bo/index.php?cat=368&pla=3&id_articulo=218323, consultado el 12 de diciembre de 2020.

(56) Vid. CÁNOVAS, María, “Los actores de Hollywood quieren proteger su imagen de la resurrección cinema-

La utilización de la imagen de una persona fallecida por los familiares más cercanos sin dudas requiere ciertos límites que en estas condiciones el derecho debe imponer, sobre todo si la persona en vida no se pronunció al respecto. La explotación comercial de la imagen no debe rebasar nunca los muros de la ética y a mi juicio, no debiera permitirse en convertirse en fuente de lucro para las personas que, por razón del parentesco, o en los casos en que igualmente se habilite, por razón de la sucesión, estén legitimado para ello.

V.1. Resurrección digital, imagen de las personas fallecidas y derechos de autor

Desde el punto de vista jurídico, este tema tiene ribetes interesantes pues en el caso de la resurrección digital se entremezclan aspectos atinentes a la protección a la imagen de las personas fallecidas y el derecho de autor o propiedad intelectual, por ejemplo, del titular de la obra audiovisual y para ello se ha de tener en cuenta qué modalidad de la técnica de CGI ha sido empleada. Así —como explica Murillo Chávez—, si se trata de resurrección digital con imágenes de producción previa, en el caso de que sea el mismo productor el titular de los derechos de autor sobre dichas grabaciones, las imágenes podrían ser utilizadas libremente por este, de no ser el mismo productor, su utilización estaría condicionada a la cesión de los derechos de autor sobre la obra. De tratarse de una resurrección digital con un intérprete similar detrás o si se realiza en formato animado, entonces la situación se torna mucho más compleja, pues sería necesario la cesión de la imagen del artista fallecido (57) lo que estaría supeditado a la existencia de un instrumento previo a través del cual este se pronunciara en vida, y a que tal pronunciamiento no fuera prohibitivo o limitativo en el tiempo, como hizo Robin Williams, y en su defecto, a la autorización de las personas legitimadas para ello, con los límites que el derecho debería imponer para impedir que se insertase la imagen del actor o actriz falle-

cida en una película que fuera en contra de su memoria pretérita, vulnerando la que fuera su proyección espiritual o moral o los principios o ideología que abrazara. De ahí que, en este sentido, pondría ciertos requerimientos o presupuestos para que las personas legitimadas para la explotación *post mortem* de la imagen de un actor o actriz fallecida, pudiese emplear esta, y no se convirtiese de una codiciada llave para la obtención de lucro.

Si se utilizara la técnica de resurrección digital a través de una producción animada, coincido con Murillo Chávez en que la cuestión se centra en la reconocibilidad, ya que se hace necesario delimitar “si estamos frente al uso del personaje protegido por derecho de autor en un contexto dinámico o frente al uso de la imagen del actor o actriz fallecido (...)”. Como acertadamente explica el autor, se está “frente al primer supuesto (...) como máximo ante un supuesto de colisión entre el derecho a la libertad de creación y propiedad intelectual, por un lado, frente al derecho a la memoria del/de la fallecido/a, por el otro (...). En este supuesto, se utiliza un personaje ficticio, no la imagen del actor y/o actriz fallecido/a; por lo tanto, lo que se requiere es la cesión de los derechos de autor sobre el personaje para su uso en una obra audiovisual” (58).

Todos estos supuestos están supeditados, eso sí, a que la utilización *post mortem* de la imagen del actor o actriz transcurra en un estadio fisiológico, pues de incumplirse los términos en los que se ha dispuesto su utilización, sea por vía testamentaria o por vía contractual por los legitimados *post mortem*, cabría utilizar cualquiera de los remedios que el derecho concede ante la intromisión ilegítima en la imagen de una persona, que en el caso de personas fallecidas tiene además un plus de sensibilidad. Particular además que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos suele ser omiso. Tengamos en cuenta que no todos los Estados cuentan con leyes como la española, ya referenciada, sobre protección civil al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Aun así, sus normas no cobijan todos los supuestos que pudieran presentarse.

toográfica”, sábado 31 de diciembre de 2016, en <https://www.ecartelera.com/noticias/36409/hollywood-pide-regular-resurreccion-digital/>, consultado el 12 de diciembre de 2020.

(57) Vid. MURILLO CHÁVEZ, Javier André, “La problemática jurídica...”, ob. cit., pp. 69-70.

(58) Ibidem, p. 70.

De este modo, si fue la propia persona en vida quien condicionó la utilización *post mortem* de su imagen habría que atenerse a ello, so pena de que pueda prosperar una demanda dirigida a declarar la utilización inadecuada de la imagen y con ello la suspensión de su empleo con la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios causados. De haberse concertado con contrato de cesión de la imagen de la persona fallecida para su explotación comercial, el incumplimiento de las obligaciones del cesionario por extravasar los límites de utilización de aquella, según lo previsto en los términos del contrato, llevaría al éxito de la acción resolutoria, como remedio contractual idóneo para lograr la desvinculación de las partes, con la consiguiente reparación de los daños e indemnización de los perjuicios, de probarse la existencia de estos.

VI. Conclusiones

Las personas al pasar por la vida dejan huellas indelebles. Nadie pasa inadvertido. El haber existido en un tiempo ya pretérito queda en los recuerdos, en los afectos, en los sentimientos de los amigos, allegados, familiares. Algunas personas por su connotación pública debido a su proyección científica, académica, artística, política pasan a la posteridad, existen sin fin, perdurarán más allá del tiempo que la vida les permitió disfrutar. El recuerdo social o colectivo de su memoria los lleva a la inmortalidad. Como sentenció Cicerón, “[l]a vida de los muertos perdura en la memoria de los vivos”.

La muerte conlleva inexorablemente a la extinción de la persona física y con ello de su personalidad. No es posible hablar de derechos inherentes a la personalidad más allá de la muerte de una persona. Los derechos subjetivos, como lo son los inherentes a la personalidad, se extinguen con su desaparición física, lo cual supone que el respeto a la dignidad inherente a la persona que un día fue no implique su desprotección *post mortem*. Atributos como la imagen y el honor de una persona merecen una protección jurídica, incluso después de su fallecimiento. No se trata de la protección de unos derechos inexistentes. Se protege la personalidad pretérita, la memoria del fallecido y con ello aquellos atributos que inherentes a la

persona que un día fue, le trascienden, llegando a la posteridad. Compete a los familiares más propincuos, y supletoriamente a los herederos, la protección de la memoria pretérita y con ello de la imagen de la persona fallecida y en caso de ausencia de estos, el interés público de todo Estado en preservar viva la memoria de los fallecidos habilita al Ministerio fiscal a velar por ese interés legítimo de salvaguardar la historia viva de una nación a través de la tutela de la memoria, con ello de la imagen de los que un día construyeron dicha nación. Protección que hoy día debe reforzarse ante la posibilidad de su vulneración de las más diversas maneras, al transitar la sociedad de un entorno analógico a un entorno digital. Las redes sociales y las cuentas en dichas redes no pueden suponer en modo alguno la permisividad del uso de las imágenes de las personas fallecidas sin la autorización de las personas legitimadas para ello, e incluso conforme con las directrices trazadas en vida por aquellos.

El titular del derecho a la propia imagen puede disponer a través de los instrumentos idóneos a tal fin, en primer orden, el testamento, el uso que pueda darse a su imagen para cuando ya no exista entre los vivos, las medidas de contención o prohibición para ello y las facultades que tal uso llevaría consigo, previendo incluso el desarrollo venidero de los medios tecnológicos con los retos que supondrá para la imagen de personas connotadas o famosas como los grandes artistas del cine, el teatro, la televisión y los intérpretes musicales, así como los políticos o científicos de trascendencia universal. El derecho y la ética deben erigirse en herramientas a disposición de las personas para permitir, pero a la vez limitar el uso *post mortem* de la imagen. Con independencia de la faceta patrimonial del derecho a la propia imagen, lo cual resulta lícito y permitido por el derecho, su utilización no puede ni debe centrarse en el lucro desmedido de los familiares o de las personas legitimadas para la utilización y además defensa de la imagen. La imagen es la externalidad de la figura humana, su manifestación más genuina, propia, su dimensión más fiel. Es imposible hablar de persona, sin imagen. Ella, por lo tanto, aún fallecido su titular, merece el respeto que la dignidad y el decoro humano reclaman, tanto de los que son como de los que fueron. No es descabellado entonces hablar de su tutela *post mortem*.

VIOLENCIAS

DOCTRINA

Leyes para erradicar la violencia: ¿remedios efectivos o simples placebos?

Deolinda Sabina Almada (*)

Sumario: I. Violencia de género laboral. Introducción.— II. Definición.— III. Dolencias.— IV. Prevenir a veces es curar.— V. Leyes.— VI. Un largo camino.— VII. Conclusión.

I. Violencia de género laboral. Introducción

En momentos en que las redes sociales han pasado a formar parte de nuestras vidas, apreciar cuántos cursos, seminarios, congresos, encuentros, conferencias, libros, disertaciones, charlas, etc., existen para abordar la problemática de la violencia podría llevarnos todo el día. Ahora bien, ¿qué separa la teoría de la práctica? ¿Una delgada línea o un ancho y profundo abismo?

II. Definición

Para comprender de qué hablamos cuando nos referimos a este modo de violencia, en principio se conceptualizarán las palabras que lo integran:

Violencia: La Real Academia Española, en adelante RAE, en su descripción sostiene que la palabra proviene del latín *violentia*, con distintas acepciones:

1. Cualidad de violento.
2. Acción y efecto de violentar o violentarse.
3. Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
4. Acción de violar a una persona”

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Mediadora. Secretaria por concurso del Juzgado de Paz de Gualaguay, Entre Ríos.

Como se puede observar, solamente refiere a conductas, acciones ejercidas contra una persona.

Desde el punto de vista jurídico empleamos dicho vocablo para indicar “toda acción u omisión dirigida a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, psico-emocional, económica, sexual y/o la libertad de una persona”.

Género: para la RAE el término proviene del latín *genus*, *-eris* e indica el conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes.

Es importante destacar que al mencionar género no lo hacemos desde el punto de la sinonimia de sexualidad. Al vocablo no lo define el tener cuerpos, órganos sexuales diferentes entre varón o mujer; sino que el género está elaborado social, cultural e históricamente, lo incorporamos de nuestra comunidad. De allí que su significado varía conforme la cultura, el tiempo y la sociedad en la que nos desarrollamos.

El género es el que nos hace decir quiénes son varones y quiénes, mujeres (1).

Laboral: Claramente nos referimos al trabajo, y todo lo que esté en relación con ello. Hasta aquí se ha expuesto el significado de cada una de las palabras que integran este modo de violencia.

(1) Dra. en filosofía Diana Maffia: <https://www.narrativas.com.ar/424-2/>.

Ahora bien, ¿qué se entiende por violencia de género laboral?

La ley 26.485 en su art. 4° reza: “Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, 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. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Al referirse dicha ley a los modos de violencia en el art. 6°, inc. c), describe la “violencia laboral contra las mujeres diciendo que es aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de *test* de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral” (2).

Supranacionalmente es definida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el esperado Convenio N° 190:

a) La expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) La expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) precedentes, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados.

En la práctica, la violencia o acoso en el ámbito laboral se traduce en toda humillación, maltrato, hostigamiento hacia una mujer, trascendiendo sus consecuencias del plano individual, ya que se trata de una franca violación a los derechos humanos.

Puede ser ejercida en sentido vertical u horizontal, esto es, por un superior jerárquico o por un compañero de trabajo, respectivamente.

La forma más frecuente de ejercer violencia de género laboral es abusando de poder, siendo ejemplo de ello:

- Sobrecarga o disminución del trabajo.
- Formas de ascenso no transparentes.
- Informes negativos respecto al desempeño laboral a fin de que la mujer sea desplazada de la actividad.
- Burlas por su condición de mujer.
- Invitaciones y/o comentarios sexistas, objetivándola en su rol.
- Vigilancia de las veces que concurre a los sanitarios.
- Control obsesivo del uso de medios de comunicación: celular, computadora, etc.
- Corrección de toda su actividad por más bien hecha que esté.
- Amenazas de que informará a sus superiores.
- Injurias.

(2) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>.

III. Dolencias

Las víctimas de violencia de género laboral sufren consecuencias muy dañosas en su cuerpo, psiquis, economía y hasta sociales, por efecto del estrés postraumático causado por las injustificadas vivencias.

Así el cuerpo se manifiesta con cefaleas, vómitos, diarreas, mareos, taquicardias, contracturas, sudoración, insomnio, cansancio, entre otras. El sistema nervioso se altera por el episodio traumático y aparecen las tristezas, falta de concentración, irritabilidad, angustia, llanto; llegando a lo que se conoce como “ataques de pánico y/o crisis de angustia”.

Económicamente la afectación puede llegar a la pérdida del trabajo, ya que la víctima si no es socorrida a tiempo, lo más probable es que renuncie a su labor, y si decide no hacerlo, su dinero deberá invertirlo en terapias psicológicas, psiquiátricas y otras especialidades médicas para paliar la situación en la que se encuentra.

Lo que a esta altura del relato lleva a preguntarnos: ¿por qué este desenlace dañoso en la salud psíquica, física y emocional, no se considera enfermedad laboral?

Consecuencias sociales: en las víctimas reina el miedo, motivo por el cual escapan a relacionarse, interactuar con sus pares, se van aislando, encerrándose en su dolor.

Muchas mujeres describen estas nefastas experiencias como una “tortura” y pienso: ¿qué diferencia hay con las torturas políticas infringidas en los centros de detención? Donde el torturador es un desconocido y la tortura sucede en un espacio estatal (3).

El escenario y agresor cambian, pero tristemente el resultado es el mismo. Así el centro de detención sería el lugar de trabajo y el torturador el superior jerárquico y/o compañero/a de trabajo que ejerce violencia intencionalmente sea porque ostentan una personalidad enferma gozando del sufrimiento ajeno, y/o porque desean que la mujer deje de trabajar, por ejemplo.

(3) <http://www.claudiasabinaalmada.com/publicaciones/Infancias%20Robadas.pdf>. Página 6.

A la luz de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura que establece en su art. 2º: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infligen a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica...” (4); y siguiendo las enseñanzas de Peters Edward a esta modalidad de violencia la calificaría como “tortura de género laboral” (5).

IV. Prevenir a veces es curar

La etapa más importante es la prevención a través de la educación, mediante cursos de capacitación para los ocupan lugares de jerarquía y por supuesto empleados y empleadas.

No menos importante es contar con protocolos de actuación. Es decir, producido el hecho, las víctimas deben tener una hoja de ruta, saber dónde acudir en busca de ayuda, con quién dialogar, tener contención, asesoramiento jurídico y atención psicológica.

Las mujeres en este estadio no pueden seguir conviviendo con su agresor, necesitan ser reubicadas en su trabajo, no castigadas, sino protegidas.

A pesar de que cientos de mujeres sufren esta modalidad de violencia, ellas no denuncian, conforme estadísticas obrantes en el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (6). Son múltiples las razones: miedo, amenazas, prejuicio de no ser escuchadas y creídas, temor a quedarse sin el empleo o no ascender, desconocimien-

(4) Convención Interamericana contra la Tortura, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>.

(5) Peters Edward. *Torture*, New York, Oxford, Basil Blackwell Ltda. 1985.

(6) <http://www.jusentrerios.gov.ar:81/tablero/tipo.php>.

to, haber naturalizado la situación, temor a ser estereotipadas, etc.

Pero además de lo anteriormente mencionado, el peor enemigo de las víctimas es la ausencia de legislación acorde a lo dispuesto por los tratados y convenciones internacionales para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer. Aquí cobra especial relevancia lo dispuesto por las leyes 26.485 y 24.632, esta última más conocida como “Convención de Belém del Pará”.

V. Leyes

Tal como adelanté en el título anterior, la ausencia de legislación es palmaria. Solo siete provincias se encargaron de ello, a saber: Buenos Aires (ley 13.168/2004, ley 14.040/2009, dec. 2032/2009), Entre Ríos (ley 9671/2006), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1225/2004), Santa Fe (ley 12.434, dec. 1040/07 [Reglamentación]), Tucumán (ley 7232), San Juan (ley 7939/2008, ley 7961, dec. 408/2010) y San Luis (ley I-0678, dec. 3890/09). Tanto en Entre Ríos y CABA como en Tucumán no se encuentran reglamentadas dichas leyes. La provincia de Corrientes contiene sobre el tema un escueto art. 28 a nivel constitucional (7).

Es imprescindible contar con normas adecuadas para evitar “revictimizar” a la mujer, es decir, que no deambule de un lado para el otro buscando protección. Su atención debe ser inmediata y eficaz.

VI. Un largo camino

Lamentablemente a las víctimas de violencia les toca recorrer un largo camino, al contrario de lo impuesto por los Tratados y convenciones Internacionales con rango constitucional por imperio del art. 75, inc. 22.

En Entre Ríos la autoridad de aplicación en materia de violencia laboral es la Dirección Provincial del Trabajo, ante la cual se interpone la denuncia para que fije una audiencia. A ella asisten por separado víctima y agresor para ser evaluados por un equipo interdisciplinario (Psi-

cólogo y Psiquiatra), el plazo para resolver es de 48 horas, que depende de la jurisdicción. Ello no se cumple, por la sencilla razón que no disponen de tales profesionales.

Realizadas las entrevistas los profesionales emiten un informe y la autoridad de aplicación dictamina.

Ahora bien, si encuentra responsable al agresor no puede aplicar sanción alguna ya que no existe decreto reglamentario alguno.

Entonces podemos seguir por la vía judicial, que, al no contar con un juzgado único encargado de *todos los tipos y modalidades* de violencia, conforme dónde se desarrolle, será el fuero encargado de impartir justicia. Y es allí donde se da lugar a declaraciones de incompetencias, al paso del tiempo, y la consiguiente *injusticia y padecimientos de la víctima*.

VII. Conclusión

a) En primer término, se debe educar: todas las personas deben conocer su derecho humano de trabajar en un ambiente digno y sano.

b) Capacitar a jerárquicos y empleados/as. Destacando la importancia de la ley 27.499, más conocida como Ley Micaela, que impone la capacitación obligatoria de las personas integrantes de los tres poderes del Estado.

c) Implementar protocolos de actuación: para ello se debe formar a uno o más referentes ante quienes puedan recurrir las víctimas.

d) Brindar asesoramiento jurídico-legal y atención médica *gratuita*. Ello así, porque cuando normalmente el agresor suele hallarse en una posición de poder que implica en ocasiones una desigualdad económica con su víctima, Así, v.gr., si el violento forma parte de la estructura del Estado, suele refugiar su accionar y consultas en profesionales pagos por la misma administración, en tanto que la víctima debe costear toda consulta con su patrimonio.

e) Legislar sobre la temática conforme Tratados y Convenciones Internacionales, y las provincias que ya poseen normas, actualizarlas y reglamentarlas de modo tal de permitir trami-

(7) <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/oavl/normativa#2>.

tes con la mayor economía y celeridad procesal, evitando revictimizar a la mujer.

f) Por último, pero no por ello menos importante, sino al contrario, la *justicia* debe actuar efectiva y eficazmente sancionando duramente al violento-torturador, reparando los daños causados a las mujeres, para empoderarlas y valer de ejemplo social. Tal como aconteció en la causa S.J. 406/17 “G., C. D. - Titular del Juzgado de Familia de Olavarría del Departamento Azul Asociación Judicial Bonaerense - Denuncia” y su acumulado S.J. 428/17 “G., C. D. Niel - Titular del Juzgado de Familia de Olavarría del Departamento Azul-Conte Grand, Julio Marcelo Denuncia”, la que tramitó ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionario de la Provincia de Buenos Aires, donde el magis-

trado, en principio, fue suspendido en el cargo y el día 5 de marzo del 2020 *destituido*, en virtud de haber ejercido *violencia laboral y acoso sexual*, conforme los art. 21, incs. d), e), h), i), q) y r) de la ley 13.661 —texto según ley 14.441— y las previsiones contempladas en las leyes 13.168 y 26.485, arts. 18, inc. c) y 48 de la ley 13.661 **(8)**.

A la luz del descreimiento social con el que cuenta la Justicia Argentina, el fallo comentado es ejemplificador. El Jurado de Enjuiciamiento *demonstró que se puede impartir justicia sin importar el cargo que ocupa el agresor*, empoderando a la mujer víctima de violencia laboral.

(8) <http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Jurado%20de%20Enjuiciamiento%20de%20Magistrados%20y%20Funcionarios.%20Destituci%F3n%20del%20juez%20de%20Familia&veradjuntos=no#>.

LEGISLACIÓN

RESOLUCIÓN 48 (M. M. G. D.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Creación del Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG).

Fecha: 11/02/2021

Publicación: B.O. 13/02/2021

VISTO:

El EX-2021-00680424- -APN-CGD#MMGYD, las Leyes Nros 23.179, 24.632, 26.485, 26.743, 22.520 (t.o. 1992), y

CONSIDERANDO:

Que la CONSTITUCIÓN NACIONAL, en su artículo 75, inciso 22 otorgó rango constitucional a la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW, por su sigla en inglés) que establece que “los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer” (artículo 2) y que “tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (artículo 3).

Que el Comité CEDAW, en la Recomendación General N° 35, estableció la necesidad de los Estados de establecer un sistema para recabar, analizar y publicar periódicamente datos estadísticos sobre el número de denuncias de todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer (cfr. artículo 34, inciso b).

Que por su parte, la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (Convención de Belém Do Pará, aprobada por Ley N° 24.632) establece que los Estados Partes convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar

la violencia contra la mujer (cfr. artículo 7) así como también, medidas específicas para “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” (fr. artículo 8, inciso h).

Que, asimismo, entre las medidas propuestas en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing se encuentra la de “promover la investigación, recoger datos y elaborar estadísticas, especialmente en lo concerniente a la violencia en el hogar, relacionadas con la frecuencia de las distintas formas de violencia contra la mujer, y fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de esta violencia, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos” (cfr. párr. 129, inciso a). Además, otra de las medidas recomendadas es la de “[r]ecoger, compilar, analizar y presentar periódicamente datos desglosados por edad, sexo, indicadores socioeconómicos y otros pertinentes, incluido el número de familiares a cargo, para utilizarlos en la planificación y aplicación de políticas y programas” (cfr. párr. 206, inciso b).

Que, a nivel nacional, 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 establece la obligación de analizar y difundir periódicamente estadísticas a fin de monitorear y adecuar las políticas públicas (artículo 9, inciso n).

Que, en el año 2012, el ex Consejo Nacional de la Mujer firmó un convenio con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) a fin de diseñar y desarrollar un registro que pueda cumplir con lo indicado por la normativa vigente. Así es que el INDEC creó el Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM).

Que en octubre de 2019 el INDEC transfirió el RUCVM al ex INAM que era el organismo con competencia primaria en la materia en virtud de la Ley N° 26.485. No obstante, el traspaso se realizó sin las herramientas técnicas necesarias para el correcto funcionamiento del Registro, por lo cual, nunca estuvo operativo en el INAM.

Que, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7/2019, modificatorio de la Ley de Ministerios N° 22.550 (t.o. 1992) se creó el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD y se suprimió el INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJERES (INAM).

Que debido a las competencias asignadas 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.

Que, asimismo, 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 (punto 4); 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 (punto 6); y entender en el relevamiento, registro, producción, sistematización y análisis integral de la información estadística en materia de violencia y desigualdad por razones de género (punto 8, todos del artículo 23 ter, Ley N° 22.520, t.o. 1992).

Que, en este sentido, el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD es competente para diseñar e implementar registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional (inciso k); desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados (inciso l); coordinar con el Poder Judicial los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores que lo integren que obren en ambos poderes, independientemente de los que defina cada uno a los fines que le son propios (inciso m); y analizar y difundir periódicamente los datos estadísticos y resultados de las investigaciones a fin de monitorear y adecuar sus políticas públicas, y a los fines de elaborar estadísticas confiables para la prevención y erradicación de las diversas modalidades de violencia contra las mujeres (inciso n, todos del artículo 9, Ley N° 26.485).

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 importancia de contar con un sistema integrado que nuclea la información sobre este tipo de casos se funda en la necesidad de producir datos estadísticos que den sustento al diseño de políticas públicas para prevenir la violencia por motivos de género y así también incidir en la reducción de las violencias extremas que se producen contra mujeres y LGTBI.

Que para que las políticas públicas de prevención sean efectivas deben diseñarse sobre una base empírica que se propone construir a partir de la integración de la información, la cual es necesaria porque los datos y los registros con los que se cuenta actualmente provienen de diversas instituciones, con objetivos propios y disímiles, lo que produce que la información sea parcial y fragmentada.

Que esta fragmentación atenta contra la comprensión del fenómeno de la violencia de género de manera integral y evita que se dimensione su amplitud, complejidad y la interrelación de los diferentes tipos y modalidades de violencia. Esta falta de conocimiento es la que produce que las políticas públicas diseñadas no logren comprender a las violencias de género en su totalidad.

Que por eso, para un abordaje integral de las violencias por motivos de género es necesario un sistema que integre la información existente de los casos de violencias de género, que permita conocer la complejidad del fenómeno a nivel nacional y que posibilite dar respuestas efectivas.

Que el sistema cuya creación se propone trata el desarrollo de funcionalidades que no se limitan a la reunión de información; contempla diversos modos de producción y unidades de registro de los distintos organismos que producen información relevante a la temática.

Que, en este sentido, se postula la creación de una herramienta de articulación y reunión de información pero también de registro, procesamiento y análisis. Se trata, entonces, de un sistema donde se articulen fuentes diversas de información, con unidades de registro diferentes (denuncias, consultas, causas y/o medidas judiciales) provenientes de instituciones que tienen lógicas, características y objetivos institucionales propios y específicos (instituciones criminales, judiciales, sanitarias, asistenciales).

Que para lograrlo es necesario reconocer la especificidad de cada fuente como parte de la estrategia de integración de datos y dar cuenta de las disparidades en la producción de información de los distintos organismos de cada nivel, nacional, provincial y municipal y proponer un aporte para optimizar este trabajo donde sea requerido.

Que para ello será necesario suscribir convenios y actas específicas con las distintas jurisdicciones provinciales, municipales y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, así como también, con organismos de la Administración Pública Nacional para que el sistema integrado se constituya en una verdadera herramienta de intercambio de registros e información estadística, así como también, de articulación y consulta que permitirá evitar la duplicación de datos y realizar el seguimiento correspondiente de cada caso.

Que, por lo expuesto, es imperioso crear el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de la violencia a nivel nacional.

Que la presente se dicta en uso de las facultades previstas en el en el artículo 4 inciso b) punto 6; y artículo 23 ter, incisos 4, 6 y 8 de la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992) sus modificatorias y complementarias.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelve:

Art. 1° - Créase el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) en la órbita de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN de la UNIDAD DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño de políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de la violencia a nivel nacional.

Art. 2° - Apruébense los “Lineamientos generales del SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG)” que, como Anexo I registrado bajo el número de IF-2021-10472573-APN-DNPSYGI#MMGYD, forma parte integrante de la presente medida.

Art. 3° - Apruébense los “Contenidos Mínimos del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información” a firmar con gobiernos provinciales, municipales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, y/o organismos de la Administración Pública Nacional que, como Anexo II identificado como IF-2021-12434996-APN-

DNPSYGI#MMGYD, forma parte de la presente medida.

Art. 4° - Apruébese la “Declaración Jurada de Confidencialidad y Responsabilidad” que deberá ser firmada por quienes accedan al contenido de las bases de datos del SISTEMA y que, como Anexo III identificado con el número de IF-2021-10467226-APN-DNPSYGI#MMGYD, forma parte integrante de la presente medida.

Art. 5° - La DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN de la UNIDAD DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD tendrá a su cargo el desarrollo de los mecanismos y procedimientos necesarios para la implementación del SISTEMA creado en el ARTÍCULO 1° de la presente.

Art. 6° - El gasto que demande el cumplimiento de la presente medida, será atendido por el Programa 21- Actividades centrales, Sistema Administrativo Financiero 386, Jurisdicción 86 - MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Art. 7° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 8° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta.

ANEXO I

Lineamientos generales del Sistema Integrado de Casos de Violencia por motivos de Género (SICVG)

I. OBJETIVOS

Son objetivos generales del Sistema:

A) Constituir una herramienta de sistematización de la información sobre sobre casos, consultas y/o denuncias de violencia por motivos de género, desde el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD (MMGyD), y brindar datos relevantes para el diseño y monitoreo de políticas públicas vinculadas a la materia.

B) Constituir una herramienta de articulación y consulta para los gobiernos provinciales, de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y municipales, y/o organismos de la Administración Pública Nacional que suscriban actas acuerdo en el marco de la presente medida.

C) Generar un padrón integrado de consultas y casos identificados por el tipo y número de documento cuando corresponda, evitando la duplicación

de datos en el mediano plazo y permitiendo hacer el seguimiento correspondiente.

Son objetivos específicos del sistema:

1. Reunir desde el MMGYD la información existente en diferentes fuentes de registro de casos, consultas y denuncias de violencias por motivos de género en todo el país.

2. Constituir una herramienta de registro de información en la materia, para todos los organismos que así lo requieran, en el marco de las disposiciones de la presente Resolución.

3. Propender a la integración de consultas o solicitudes de asistencia que pueden no estar directamente vinculados a una persona física y su identificación, y proponer mecanismos de análisis diferenciales para las fuentes anonimizadas y fuentes con datos personales.

4. Asociar la información ingresada a un sistema estandarizado de indicadores para la medición del riesgo para la pronta intervención.

5. Facilitar la trazabilidad de los casos. El sistema asentará el historial de registros e intervenciones que se hayan hecho desde los distintos ingresos de la información.

6. Generar herramientas que permitan avanzar en la evaluación del riesgo, a partir de establecer cuáles son los contextos en los cuales es más probable que la violencia se incremente y ponga en riesgo la vida o la integridad física y psicológica de las personas que denuncian o hacen consultas.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

II. i Padrón de consultas y casos.

A los fines de evitar la duplicación de datos, el SICVG armará un padrón de consultas y casos identificados por el DNI lo que permitirá hacer el seguimiento correspondiente.

En el Padrón quedará registrado el historial de registros e intervenciones que se hayan hecho desde los distintos programas y el resultado que dio el instrumento de medición de riesgo, con la validación y anotaciones de las personas operadoras que hayan atendido el caso.

II. ii Estructura

El sistema se compone de tres módulos según los organismos o programas aportantes de la información:

- El Módulo 1 habilita la carga de las consultas/casos. Lo conforman las fuentes primarias vinculadas directamente al MMGYD.

- El Módulo 2 reúne la información proveniente de las solicitudes a programas de ayuda o asistencia de distintos organismos del Estado

- El Módulo 3 implica la ingesta de las bases de datos de los registros de violencia a nivel provincial y nacional que ya estén implementados, así como los de otros organismos del Estado.

II. iii Accesibilidad del Sistema

El Sistema tendrá un permiso de carga directa y uno de ingesta, de acuerdo a la tarea que se necesite realizar. Se constituirán bancos de datos sobre cada fuente, además de extraer la información requerida para el registro de casos/consultas.

Las personas usuarias que realicen la carga directa de información en el Sistema deberán firmar la "Declaración Jurada de Confidencialidad y Responsabilidad" identificada como IF-2021- 10467226-APN-DNPSYGI#MMGYD.

II. iv Confidencialidad y Seguridad

La firma de la "Declaración Jurada de Confidencialidad y Responsabilidad" mencionado en el apartado anterior, será exigida por el MMGYD al personal, terceras personas que presten servicios y demás funcionarios/as que accedan al contenido de las bases de datos del Sistema.

Asimismo, el MMGYD adopta las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

III. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA

III. i Desarrollo Informático. Especificaciones técnicas.

El desarrollo tiene un sistema de personas usuarias, grupos y roles que permite dar acceso y visibilidad de los datos ingresados según se configure.

El rol de la persona usuaria le permite tener acceso a los diferentes menús del sistema y da permiso de lectura y/o escritura.

Los grupos de personas usuarias permiten limitar el acceso a la información de los módulos a través de

establecer roles. Una persona usuaria solo podrá ver información perteneciente a su grupo o subgrupo.

Los grupos y subgrupos del sistema están determinados por jerarquías jurisdiccionales y competencias.

III. ii Medición de riesgo de un caso

El módulo de carga de un caso en el SICVG contendrá información relativa a las personas en situación de violencia, las personas agresoras, las situaciones de violencia y la respuesta y/o intervención estatal, conforme los bloques de datos que se encuentran detallados al final del presente documento.

A partir de la carga de datos, el sistema realiza una medición automática del riesgo a partir de dos dimensiones principales:

- La amenaza, que comprende la existencia de conductas violentas, la frecuencia, el inicio y la vigencia de cada tipo de violencias.

- La vulnerabilidad, que abarca determinadas características económicas, sociales, sociodemográficas y psicológicas y además, circunstancias que rodean a la persona en situación de violencia y los efectos que producen en ella.

Cada dimensión, a su vez, está dividida en subdimensiones que son medidas a partir de un conjunto de variables que resumen y cuantifican a los elementos que las componen. Es importante resaltar que los indicadores no se analizan de manera aislada, sino que se trata de un sistema flexible.

Esta forma diferencial de asignación de valores responde a que las violencias son situaciones multivariadas que requieren un análisis del contexto de amenazas y del entorno sociodemográfico y económico en que vive la persona en situación de violencia para una medición más comprehensiva.

En el caso de que, luego de cargar todas las circunstancias relatadas, la persona que ingresa el caso no está de acuerdo con la medición arrojada por el cálculo automático, el SICVG habilita un campo abierto de texto donde podrá explicar cuáles son los elementos del caso que el sistema no está contemplando (tanto si el cálculo es menor o mayor al esperado luego de la evaluación del caso).

IV. Bloques de datos, variables y categorías del módulo básico de carga de un caso al SICVG.

BLOQUE 1. Datos de la persona en situación de violencia

1.1 Características sociodemográficas

Nombre completo

- Apellido

- Nombre

Documento

- Tipo

- Libreta cívica

- Libreta de enrolamiento

- Pasaporte

- Cédula de identidad

- Documento de otro país

- Sin identificación

- Número

Edad

- Fecha de nacimiento

- Edad

Número de teléfono

- Tipo de teléfono

- Fijo casa/particular

- Celular

- Trabajo

- Otro

- Código de área

- Número de teléfono

Ubicación

- Provincia

- Departamento

- Municipio

- Localidad

- Calle

- Piso

- Departamento	- Otro
- Entre calles	Nivel educativo
- Datos adicionales	- Sin estudios
Género	- Inicial
- Mujer	- Primario
- Varón	- Secundario
- Mujer trans	- Terciario
- Varón trans	- Universitario
- Travesti	- Posgrado
- Transgénero	Completó estudios
- Queer	- Completo
- Intersexual	- Incompleto
- No binarie	- En curso
- Prefiere no decirla	- Sin datos
- Sin datos	- No corresponde
- Ninguna de las anteriores	1.2 Interseccionalidad
- ¿Cuál?	Orientación sexual
Grupo de edad	- Lesbiana
- NnyA	- Gay
- Joven	- Bisexual
- Adultx	- Heterosexual
- Persona mayor	- Ninguna de las anteriores
Tiene documento	- ¿Cuál?
- Sí	Persona afrodescendiente
- No	- Sí
Documento sustraído o destruido por la persona agresora	- No
- Sí	Persona migrante
- No	- Sí
Idioma	- No
- Castellano	Persona en condición de refugiadx

- Sí	Realiza alguna actividad por la que recibe dinero
- No	- Si
Persona migrante interprovincial	- No
- Sí	Por esa actividad le descuentan jubilación
- No	- Sí
Provincia de origen	- No
- Lista desplegable	Cobra jubilación / pensión
Persona con discapacidad	- Sí
- Si	- No
- No	Percibe un programa / prestación / asignación estatal
Persona en situación de prostitución	- AU por Hijo/ Embarazo
- Si	- Asignación por un hijo/a con discapacidad
- No	- Potenciar Trabajo
Persona en conflicto con la ley penal	- Ingreso familiar de emergencia
- Si ¿ Persona privada de su libertad SI/NO	- Prestación por desempleo
- No	- Otro programa, subsidio o asignaciones especiales de la CABA
Pertenencia a pueblo indígena	- Otros programas o asignaciones especiales provinciales
- Si	- Otros programas o asignaciones especiales municipales
- No	Considera que sus ingresos son suficientes para cubrir sus gastos
Persona víctima de trata	- Sí
- No	- No
- Con fines de explotación sexual	Personas a cargo
- Con fines de explotación laboral	- Sin personas a cargo
Persona víctima de violencias extremas	- Niños/as menores de 6 años
- Si	- Niños/as entre 6 y 14 años
- No	- Personas mayores
Persona desaparecida	- Personas con discapacidad
- Si	
- No	
1.3 Condiciones de vida	

Hijos/as	- Sorpresa
- Sin hijos/as	Consumos problemáticos
- Un hijo/a	- Consume drogas
- 2 hijo/as	- Consume alcohol
- Hasta 12 hijo/as	- Consume medicación psiquiátrica
Estado de salud	Intentos de suicidio
- Persona con enfermedad crónica o terminal	- Sí
- Persona con enfermedad o padecimiento crónico de largo tratamiento	- No
- Persona con problemática de salud mental	Tipo de vivienda
Embarazo	- Casa/departamento
- No	- Precaria (casilla, rancho, móvil, etc.)
- Sí, en curso	- Pieza en inquilinato, pensión u hotel
- Sí, reciente	- Institución (Hogar, casa de día, instituto de salud mental, hospital, institución de encierro, etc.)
Estado anímico	- Situación de calle
- Agitación	Relación con la vivienda
- Angustia	- Propia de la persona en situación de violencia
- Ansiedad	- Alquilada por la persona en situación de violencia
- Apatía	- Propia o alquilada junto a la persona agresora
- Culpa y/o vergüenza	- La vivienda pertenece al/es alquilada por la persona agresora familia / allegadxs
- Desborde anímico	- La vivienda está en el mismo terreno de la familia/ allegadxs de quien ejerce violencia
- Desgano	Medidas de seguridad
- Dificultad para expresarse	- Sin puerta
- Indecisión	- Sin cerradura
- Inseguridad	- Sin rejas, alarmas u otras medidas de seguridad complementarias
- Ira	Distancia estimada de su lugar de residencia a centro urbano/hospital/comisaría
- Miedo	- Menos de 1 km
- Nervios	- Entre 1 km y 5 km
- Reticencia a dar información	
- Retraimiento	
- Sensación de persecución	

- Más de 5 km	- Queer
Existencia de lazos comunitarios y sociales	- Intersexual
- Posee red familiar o círculo de confianza	- No binarie
- Por urgencias/ayuda tiene donde recurrir	- Prefiere no decirlo
- Participación comunitaria	- Sin datos
- Ninguno	- Ninguna de las anteriores
BLOQUE 2. Personas agresoras	- ¿Cuál?
2.1 Datos de la o las personas agresoras	Número de teléfono
Nombre completo	- Tipo de teléfono
- Apellido	- Fijo casa/particular
- Nombre	- Celular
Documento	- Trabajo
- Tipo	- Otro
- Libreta cívica	- Código de área
- Libreta de enrolamiento	- Número de teléfono
- Pasaporte	Ubicación
- Cédula de identidad	- Provincia
- Documento de otro país	- Departamento
- Sin identificación	- Municipio
- Número	- Localidad
Edad	- Calle
- Fecha de nacimiento	- Piso
- Edad	- Departamento
Género	- Entre calles
- Mujer	- Datos adicionales
- Varón	Nivel educativo
- Mujer trans	- Sin estudios
- Varón trans	- Inicial
- Travesti	- Primario
- Transgénero	- Secundario

- Terciario	- Gendarmería
- Universitario	- Prefectura
- Posgrado	- Servicio penitenciario federal
Completó estudios	- Servicio penitenciario provincial
- Completo	- Armada
- Incompleto	- Ejército
- En curso	- Fuerza aérea
- Sin datos	- Sin especificar
- No corresponde	- Funcionario poder ejecutivo nacional, provincial o municipal
Realiza alguna actividad por la que recibe dinero	- Funcionario poder judicial nacional, provincial o municipal
- Si	- Legislador nacional, provincial o municipal
- No	- Sin identificar
Por esa actividad le descuentan jubilación	Acceso a armas de fuego
- Sí	- Sí
- No	- No
Es un funcionario/a público/a	- Sin datos
- Sí	Antecedentes penales
- No	- Por delitos contra la vida/la integridad sexual
Vínculo con personal de seguridad	- Por otros delitos
- Sí, con personal de FFAA o seguridad	- No corresponde
- Sí, con personal de seguridad privada	Antecedentes de violencia contra parejas o ex parejas
- No	- Sí
- Sin datos	- No
Pertenencia institucional	Antecedentes de violación de medidas de restricción
- Personal fuerzas de seguridad	- Sí
- Personal fuerzas armadas	- No
- Policía federal	Vínculo con actividades ilícitas
- Policía provincial	- Sí
- Policía municipal	- No
- Policía de seguridad aeroportuaria	

- No	- Menos de 6 meses y NO ocurre en la actualidad
Consumos problemáticos	- Menos de 6 meses y OCURRE en la actualidad
- Consume alcohol	- Entre 6 meses y 1 año y NO ocurre en la actualidad
- Consume drogas	- Entre 6 meses y 1 año y OCURRE en la actualidad
- Consume medicación psiquiátrica	- De 1 a 5 años y NO ocurre en la actualidad
BLOQUE 3. Situaciones de violencia	- De 1 a 5 años y OCURRE en la actualidad
3.1 Características de la situación de violencia	- 6 años o más y NO ocurre en la actualidad
Modalidad	- 6 años o más y OCURRE en la actualidad
- Violencia doméstica	3.2 Clasificación de las conductas violentas
- Violencia institucional	Violencia física
- Violencia laboral	- Privación de la libertad (encierro, secuestro)
- Violencia contra la libertad reproductiva	- Lesiones con armas punzo-cortantes
- Violencia obstétrica	- Lesiones con armas de fuego
- Violencia mediática	- Quemaduras / arrojo de líquidos inflamables
- Violencia política	- Estrangulamiento
- Violencia en el espacio público	- Golpes
- Violencia en el ámbito virtual	- Empujones
- Violencia vinculada a grupos dedicados a actividades ilícitas	- Sacudones / agarres / pellizcos / tirones de pelo
Tipos de violencia	- Agresión física con hije en brazos
- Violencia física	- Entrada forzosa a la vivienda
- Violencia psicológica	- Traslados gravosos
- Violencia sexual	- Requisa vejatoria
- Violencia económica y patrimonial	- Malas condiciones materiales de detención
- Violencia simbólica	- Hacinamiento
- Violencia ambiental	- Privación de acceso a higiene personal
Frecuencia de las violencias	- Lesiones en el marco de prácticas quirúrgicas
- Una vez	- Negación de atención médica
- Varias veces	- Negación de medicamentos / anestesia / calmantes
- Muchas veces	- Aborto / esterilización forzada
Periodo de ocurrencia – vigencia de las violencias	- Negación de acceso a ILE

- Violencia psicológica
- Amenazas de muerte
 - Amenazas de daño físico
 - Persecución
 - Hostigamiento
 - Extorsión
 - Vigilancia y control permanente
 - Humillaciones
 - Insultos
 - Aislamiento de vínculos / círculo de confianza
 - Amenaza con quitar, llevarse y/o impedir el vínculo con hijos
 - Desprecio
 - Celos excesivos
 - Desprecio
 - Incomunicación
 - Negación de información
 - Rechazo a tomar denuncia
 - Publicación de datos personales sin consentimiento
 - Amenaza de despido
 - Sobrecarga de trabajo
 - Negación de licencias
- Violencia sexual
- Violación
 - Abuso sexual
 - Obligación a prostituirse
 - Obligación de presenciar el abuso de otra persona
 - Obligación de mantener relaciones sexuales con el agresor u otras personas
 - Amenaza de explotación sexual
- Obligación a filmar o fotografiar relaciones sexuales
 - Prohibición/rechazo al uso de métodos anticonceptivos
 - Contacto físico sin consentimiento
 - Publicación de imágenes sexuales privadas sin consentimiento
- Violencia económica y patrimonial
- Privación de acceso a dinero
 - Robo de dinero
 - Compras y contrataciones forzosas
 - Limitación o control de gastos
 - Incumplimiento de pago de cuota alimentaria
 - No realiza aportes económicos
 - Reducción del salario
 - Rescisión del contrato
- Violencia simbólica
- Bromas/comentarios sobre la identidad de género u orientación sexual de la persona
 - Desconocimiento / negación de la identidad de género autopercibida de la persona
 - Bromas / comentarios machistas
 - Bromas / comentarios discriminatorios
 - Descalificación / desvalorización
- Violencia ambiental
- Entrada forzosa a la vivienda
 - Arrojo de objetos sin impacto en la víctima
 - Golpes a objetos o paredes
 - Destrucción de bienes / objetos de la persona
 - Golpes / maltrato a mascota
 - Amenaza con destrucción de objetos / viviendas
- Aumento en la intensidad de la violencia en el último mes

- Sí	- Pareja actual
- No	- Ex pareja
Percepción de peligro de muerte en el último mes	- Padre/padrastro/tutor
- Sí	- Madre/madrastra/tutora
- No	- Otro familiar
Presencia de violencia contra niños o personas con discapacidad	- Familiar de la persona agresora
- Sí	- Superior jerárquico
- No	- Funcionario público
Efectos en la salud/integridad física	- Otro
- Aborto provocado por el agresor	Separaciones
- Golpes estando embarazada	- Reciente
- Malformación fetal	- Previa/s
- Discapacidad	- Ninguna
- VIH	- No corresponde
- Quemaduras graves	Tiempo de relación con la persona agresora
- Fracturas	- Menos de 6 meses
- Desgarros	- Entre 6 meses y 1 año
- Heridas graves	- De 1 a 5 años
- Pérdida de órganos	- 6 años o más
- Lesiones/cicatrices	Hijos en común con la persona agresora
- Enfermedades de transmisión sexual	- Sí
- Embarazo no deseado	- No
- Infertilidad	Convivencia con la persona agresora
- Depresión	- Sí
- Lesiones/cicatrices superficiales	- No
- Hematomas	Expulsión del hogar por parte de la persona agresora
- Otros	- Sí, una vez
3.3 Caracterización del vínculo con la persona agresora	- Sí, varias veces
Vínculo con la persona agresora	- Ninguna
	- No corresponde

- Sin datos	Denuncias previas retiradas por la persona en situación de violencia
BLOQUE 4. Respuesta estatal y recorrido institucional previo	- Sí
Intervención policial	- No
- Sí	Motivos por los que la persona que sufrió violencia no ratificó la denuncia
- No	- Sintió vergüenza y/o humillación por realizar la denuncia
Intervención por parte de organismos municipales y/o provinciales de asesoramiento	- Sintió miedo de divorcio/separación
- Sí	- Consideró que mejoró el trato
- No	- Tuvo miedo a recibir más violencia o sus hijos/as
Intervención de hogares de protección integral	- No quiso hacerle daño a la persona que la agredió
- Sí	- Consideró que lo resolvería sola
- No	- Consideró que no iba a volver a ocurrir / la persona agresora dijo que iba a cambiar
Intervención de centros de salud	- El lugar al que tenía que asistir quedaba lejos y/o tenía que volver muchas veces
- Sí	- No fue posible comprender cómo continuar el trámite
- No	- Otro
Denuncias penales y/o civiles realizadas contra la persona agresora	ANEXO II
- Sí	Contenidos Mínimos del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información
- No	Objeto
Medidas de restricción	El objeto del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información, es acordar entre LAS PARTES el intercambio de información estadística y/o registros, ya sea a través de sistemas de ingesta, transferencia o uso de sistemas de información en común, en materia de género, igualdad y diversidad, y en particular en relación a los casos, consultas, denuncias y otros datos de interés vinculados a las violencias por motivos de género, en el marco del SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO del MINISTERIO DE LAS MUJERES GENEROS Y DIVERSIDAD .
- Prohibición de acercamiento/restricción	
- Botón antipánico	
- Exclusión del agresor de la residencia en común	
- Medidas de seguridad en domicilio	
- Secuestro de armas en poder del agresor	
- Restitución de bienes y efectos personales	
- Sin medidas de protección	
Vigentes	A dichos efectos, las partes se comprometen a adoptar las medidas y acciones técnicas necesarias para hacer efectivo dicho intercambio.
- Sí	
- No	

Esto incluye adoptar medidas de coordinación y acción en común en materia de gestión de la información, estadísticas e indicadores, tanto cualitativos como cuantitativos.

Cualquier gasto que sea indispensable realizar será dispuesto conforme la normativa administrativa y financiera de los organismos, y acordada en actas complementarias, protocolos adicionales y/o convenios específicos.

LAS PARTES podrán suscribir ANEXOS o adendas al Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información a los fines de establecer cualquier cuestión procedimental que se considere necesaria para el desarrollo y ejecución de la misma.

Modelo de Gestión

Para el cumplimiento de los objetivos plasmados se deberá acordar el aporte de sus recursos técnicos, humanos y de infraestructura.

Secreto Estadístico

Las partes deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre “secreto estadístico” y la confidencialidad de la información de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 17.622, su Decreto Reglamentario N° 3.110 del 30 de diciembre de 1970 y demás normas modificatorias y complementarias. Esta obligación se hará extensiva a todas las partes que participen, colaboren o ejecuten total o parcialmente actividades previstas en el Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información o las que le sucedan, cualquiera sea su grado de intervención por la función desempeñada, y asimismo a la información protegida y producida en el marco de la acción conjunta entre las partes.

Datos Personales

Las partes deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre “protección de datos personales” y la confidencialidad y seguridad de la información que se brinden mutuamente, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 25.326, y demás normas complementarias.

Para el caso de que alguna acción vinculada con el ACTA implique la publicación de algún dato estadístico, éste se regirá por las siguientes condiciones:

1. La reproducción, distribución, comercialización o transformación no autorizada de sus contenidos, a no ser que sean para uso interno, podrán constituir una infracción de los derechos de propiedad intelectual del titular o de las partes interesadas.

2. Todos los signos y marcas distintivas están protegidas por la Ley N° 17.622 y la Ley N° 25.326 pudiendo dar lugar al ejercicio de las acciones legales que procedan.

LAS PARTES convienen expresamente que EL MINISTERIO podrá utilizar los resultados obtenidos de las actividades/ gestiones realizadas al amparo de la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información en el cumplimiento de sus objetivos y/o funciones, así como también, para generar material de gestión, promoción y divulgación por parte del MINISTERIO, según sea el caso.

El MMGYD podrá utilizar y gestionar los datos obtenidos a través de la carga y/o ingesta en el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO, para sus diagnósticos o necesidades de información, y a los fines de la producción del diagnóstico nacional en materia de violencias por motivos de género.

ANEXO III

DECLARACIÓN JURADA DE CONFIDENCIALIDAD Y RESPONSABILIDAD

En virtud de los servicios prestados en, quien suscribe (nombre completo), DNI N°, en calidad de (cargo o función que ocupa en el organismo), declaro conocer que los datos e información a ser conocidos y abordados en el marco del “SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIAS POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG)”, se encuentran amparados por normas de confidencialidad, entre las que se encuentran las estipulaciones previstas por la Ley N° 25.326 y la Ley N° 24.766. El artículo 3 de la Ley N° 24.766 determina que “ Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1° y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado”. Así también, el artículo 12 de la normativa referida estipula que “quien incurriera en la infracción de lo dispuesto en la presente ley en materia de confidencialidad, quedará sujeto a la responsabilidad que correspondiera conforme con el Código Penal, y otras normas penales concordantes para la violación de secretos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se incurra por la naturaleza del delito” y el artículo 13 prevé que “Los funcionarios de

los organismos intervinientes serán pasibles de las acciones que pudieran corresponder por aplicación del artículo anterior, más la pena de exoneración y multa”.

En consecuencia, declaro y me comprometo a:

PRIMERO: Guardar la máxima reserva y secreto sobre la información personal a que acceda en virtud de las funciones encomendadas;

SEGUNDO: Utilizar los datos de carácter personal a los que tenga acceso, única y exclusivamente para cumplir mis obligaciones;

TERCERO: Observar y adoptar cuantas medidas de seguridad sean necesarias, en el ámbito de mi cargo y/o función, para asegurar la confidencialidad, secreto e integridad de los datos de carácter personal a los que tenga acceso;

CUARTO: No ceder en ningún caso a terceras personas los datos de carácter personal a los que tenga acceso, ni siquiera a efectos de su conservación, salvo autorización legal o instrucción expresa y por escrito del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

QUINTO: Asumir que los compromisos detallados en los puntos precedentes subsistirán, inclusive, tras la extinción de la relación jurídica y/o laboral que pudiera existir. Esto implica la obligación de no conservar en mi poder, copia alguna de los datos a los que hubiere accedido en el ejercicio de mis funciones y/o tareas encomendadas.

SEXTO: Asumir, en forma personal y exclusiva, la responsabilidad de los daños que pudiera ocasionar el incumplimiento de alguno de los compromisos detallados.

SÉPTIMO: Adoptar en el tratamiento de la información personal, todas aquellas precauciones que sean necesarias para evitar que personas físicas o jurídicas no autorizadas, tomen conocimiento total o parcial de aquella, y cumplir escrupulosamente con las instrucciones que puedan ser dictadas por mi superior para la protección de la información.

OCTAVO: Declaro que, en caso de detectarse un incidente de seguridad que implique un riesgo significativo para la/el titular del dato, se comunicará sin dilación al MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, a los fines de que se adopten las medidas necesarias.

En la Ciudad de _____ a los ____ días del mes de _____ de _____.

Firma Aclaración y DNI

RESOLUCIÓN SINTETIZADA 121 (E.N.C.)

Ente Nacional de Comunicaciones – Aprobación del “Protocolo de actuación contra la violencia de género, diversidades y personas LGBTIQ+”.

Fecha: 10/02/2021

Publicación: B.O. 18/02/2021

El Directorio del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES ha resuelto:

1° - Aprobar el “Protocolo de actuación contra la violencia de género, diversidades y personas LGBTIQ+, en el ámbito del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES” el que se encuentra registrado como IF-2021-10098286-APNDGRRHH#ENACOM el que forma parte integrante de la presente.

2° - Encomendar al Presidente del Directorio a crear en el ámbito de la DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS HUMANOS una unidad de tercer nivel operativo con competencia originaria en la materia, el dictado de las normas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias para garantizar la instrumentación del Protocolo aprobado por el Artículo anterior.

3° - Comuníquese, etc. - Ambrosini.

ANEXO

Protocolo de actuación contra la violencia de género, diversidades y personas LGBTIQ+, en el ámbito del Ente Nacional de Comunicaciones.

1. Marco Normativo

El marco normativo por el que se rige el presente protocolo es la Ley N° 26.485 -de Protección Integral de las Mujeres-, reglamentada por el Decreto N° 1.011/2010, la Ley N° 26.743 de Identidad de Género y la Ley N° 27.499 -Micaela: De Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres Poderes del Estado; el artículo 147 bis del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, como así también el Protocolo de Actuación, Orientación, Abordaje y Erradicación de la Violencia de Género en el Ámbito de la Administración Pública Nacional” aprobado por RESOL-2019-170-APN-SECEP#JGM o aquel que en el futuro lo modifique o reemplace.

Además de nuestra normativa local, las conductas violentas hacia mujeres y/o personas en razón de su género u orientación sexual tienen protección inter-

nacional con compromiso de los Estados, incluyendo a nuestro país:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración Americana de Derechos Humanos
- Pacto de San José de Costa Rica
- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención de Belém do Pará
- CEDAW
- Resolución OEA 2807 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género
- Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer

2. Objetivos

El presente protocolo tiene por objeto regular las acciones de prevención, orientación, abordaje, y erradicación de la violencia de género, diversidades y personas LGTBIQ+ para el personal que se desempeña en el ámbito del ENACOM velando por un ambiente libre de discriminación. Asimismo, comprende la generación de espacios de orientación, medidas preventivas y acciones de concientización sobre la problemática abordada.

Por esta razón se insta a implementar las acciones y medidas necesarias para garantizar un abordaje integral y un espacio de contención y orientación para mujeres y personas lesbianas, gays, transgénero, transexual, travestis, bisexuales, intersexuales, queer, y todas aquellas identidades que no sean heteronormativas (en adelante LGTBIQ+) en situación de violencia en el ámbito del Ente Nacional de Comunicaciones.

Asimismo, busca agilizar la detección temprana de situaciones de violencia y el tratamiento de los casos de violencia contra las mujeres y persona LGTBIQ+ tanto en el ámbito laboral como en el doméstico.

En tal sentido, ENACOM promueve un ambiente de trabajo libre de discriminación y violencia en todas sus formas y el respeto de todas las orientaciones sexuales e identidades de género.

A tales fines y de conformidad con las normas de superior jerarquía, se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.-

Asimismo toda persona tiene 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 nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.-

3. Definición, Derechos, Tipos de Violencia y Modalidades

Se entiende por violencia de género, contra las mujeres y/o personas LGTBIQ+ toda conducta, acción u omisión, 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 participación política, seguridad personal y/o su carrera laboral; quedando comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

También comprende la producida a través de cualquier medio de comunicación escrito, oral, audiovisual, digital, cibernético o electrónico o la violencia indirecta como aquella conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a las mujeres y/o personas LGTBIQ+ en desventaja.

Incluye todas las acciones con connotación sexista, cuyo contenido discrimine, excluya, subordine o estereotipe a las personas en razón de su género u orientación sexual.

Quedan especialmente comprendidos los siguientes tipos de violencia, ya sea contra las mujeres y/o personas LGTBIQ+: física, psicológica, sexual, económica, patrimonial, simbólica y política en todas sus formas y conforme las modalidades en que la misma se manifiesta, en un todo de conformidad con las definiciones que surgen del Artículo 5° y 6° de la Ley N° 26.485 y sus modificatorias.-

4. Alcance y ámbito de aplicación.

Este protocolo resulta aplicable en el ámbito de éste ENACOM y rige para el personal que se encuentra bajo relación de dependencia laboral con el mismo sea cual fuere su situación de revista o modalidad contractual, que se encuentren atravesando una situación de violencia de género.-.

5. Principios rectores.

La intervención en situaciones de violencia de género en el marco del presente protocolo se regirá por los siguientes principios:

a) Confidencialidad y respeto. La persona que efectúe una consulta o presente una denuncia en sede administrativa, será tratada con respeto y confidencialidad, debiendo ser escuchada en su exposición sin menoscabo de su dignidad y sin intromisión en aspectos que resulten irrelevantes para el conocimiento de los hechos. En todo momento se deberá respetar su voluntad en cuanto a las acciones que decida realizar, así como en la confidencialidad de los datos que manifieste querer mantener en reserva.

b) No revictimización. Se evitará la reiteración innecesaria del relato de los hechos, como también de la exposición pública de la persona denunciante y/o de los datos que permiten identificarla.

c) Contención y orientación. La persona afectada será orientada de manera gratuita, en la medida que así lo requiera, en todo trámite posterior a la consulta y/o denuncia administrativa realizada, respecto del procedimiento que pudiera seguir a dicha denuncia y de las acciones legales que tiene derecho a emprender, orientándola hacia los organismos de atención competente.

d) Prevención de situaciones de violencia y/o discriminación mediante la difusión y campañas de sensibilización y concientización.

6. Área de Género y Diversidades.-

El área de Género y Diversidades, apertura de tercer nivel operativo a crearse en el ámbito de la Dirección General de Recursos Humanos será la unidad que entenderá en la aplicación del presente protocolo y otorgar la Licencia por Violencia de Género.

A los fines de la aplicación y cumplimiento del presente protocolo, el Área de Género y Diversidades estará compuesta como equipo interdisciplinario por agentes del ENACOM, preferentemente profesionales egresados de las carreras de Psicología, Trabajo social, Abogacía o afines, con conocimiento o formados

en la temática de género y diversidad; con habilidades referidas a empatía, escucha activa, reserva y compromiso.

A pedido de la persona denunciante o a criterio del Área de Género y Diversidades se podrá solicitar la intervención de profesionales del área médica del organismo.

Asimismo el personal que forme parte de dicha área deberá:

A.) Escuchar y contener a la persona que esté atravesando un situación de violencia de género

B.) Asesorar a la persona respecto a los derechos y documentación necesaria para usufructuar la licencia de violencia de género.

C.) Informar a la persona acerca de los organismos competentes en la materia.

D.) Gestionar los mecanismos y las acciones necesarias a los fines de que la persona afectada acceda a sus derechos.

E.) Elaborar una minuta con el relato de los hechos consultados y las recomendaciones efectuadas por el Personal de Orientación, refrendada por la persona afectada y profesional/es interviniente/s.

F.) Confeccionar un informe de evaluación, donde según el caso, conste el análisis de riesgo y las eventuales acciones que resulte conveniente instrumentar, elevando el mismo a la máxima autoridad de Recursos Humanos de la Jurisdicción, respetando el principio de confidencialidad de la víctima, conforme a las recomendaciones sobre estadísticas del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

G.) Informar trimestralmente a la CIOT, acerca de las consultas recibidas, recomendaciones y seguimientos realizados.

El Área de Género y Diversidades estará integrada por agentes que demuestren competencias referidas a empatía, escucha activa, reserva y compromiso en cada oportunidad en la que se requiera su intervención y/o contarán con experiencia en la temática de violencia de género. A pedido de la persona denunciante o del mismo Personal de Orientación, con su autorización, se podrá solicitar la intervención de profesionales del área médica del organismo como consultores externos.-

7. Actuaciones y procedimientos.

7.1 De las consultas.

Será el Área de Género y Diversidades quien atienda las consultas de aquellas personas que requieran asesoramiento, debiendo:

Se entiende por tales, a las mujeres cis y personas lesbianas, gays, transgénero, transexual, travestis, bisexuales, intersexuales, queer, y todas aquellas identidades que no sean heteronormativas y demás colectivos que puedan identificarse con la sigla ahora o en el futuro y no están nombrados en ella, en adelante, LGTBIQ+.

a) Analizada la consulta recibida, evacuar la misma expandiéndose respecto del encuadramiento de los hechos que fueran objeto de consulta en algunas de las situaciones previstas en el presente protocolo.

b) Informar a la persona consultante respecto de la normativa aplicable al caso y efectuar recomendaciones respecto de las acciones pertinentes para abordar la problemática planteada.

c) La persona afectada, en atención de resguardar su integridad física y/o psicológica y/o la de su familia, podrá requerir modificar el lugar y/o horario de prestación de servicio, debiendo el área de Género y Diversidades del ENACOM, actuar de forma ágil y expeditiva a fin de dar respuesta a la solicitud, tomando los recaudos pertinentes para no revictimizar a la denunciante.

Asimismo, y en caso de compartir lugar de trabajo con la persona denunciada, se arbitrarán todos los medios necesarios a fin de que dichas modificaciones puedan aplicarse sobre ésta.

El Área de Género y Diversidades dispondrá de los mecanismos necesarios a fin de garantizar que todo el personal de su jurisdicción, sin distinción de su domicilio laboral, tenga acceso a realizar las consultas de manera ágil.

7.2. Denuncia

Las situaciones de violencia de género en el ámbito laboral, podrán ser denunciadas ante la Delegación ENACOM de la CIOT o ante el Área de Género y Diversidad debiendo en éste último supuesto dar inmediata intervención a la Delegación ENACOM CIOT a fin de proceder conforme la norma de aplicación en dichos casos.-

Sin perjuicio de ello desde el Área de Género y Diversidad se brindará el acompañamiento y asesoramiento que resulte adecuado a la situación denunciada en un todo de acuerdo con el presente protocolo.

En aquellos supuestos de violencia de género fuera del ámbito laboral, deberá procurarse que el Área de Género y Diversidades brinde asesoramiento y asistencia al trabajador que así lo requiera, orientándose hacia los organismos de atención competentes, según corresponda en cada caso en particular.

La agente o persona del LGTBIQ+ en situación de violencia de género o un tercero con conocimiento directo, podrá comunicarse al número de teléfono exclusivo del Área de Género y Diversidad para la recepción de denuncias, o por los canales que oportunamente disponga la Dirección General de Recursos Humanos.

En caso que la denuncia fuere efectuada por un tercero con conocimiento directo, a los fines de continuar con el protocolo se requerirá el consentimiento de la agente o persona del LGTBIQ+ en situación de violencia de género.

Con la recepción de la denuncia por parte del Área de Género y Diversidad se da comienzo al Protocolo de actuación. Los siguientes puntos mencionados en este protocolo deberán resultar de aplicación en esta primer instancia: Punto 5.A, B y C; punto 6 y punto 7, 7.1.

El tratamiento de la denuncia deberá ser estrictamente confidencial, lo que se hará saber a la persona denunciante en su primer intervención, quién podrá estar en compañía de quien desee, brindándose un trato respetuoso, debiendo ser escuchada en su exposición sin menoscabar su dignidad y sin intromisión en aspectos que resulten irrelevantes para el conocimiento de los hechos. En todo momento se deberá resguardar la voluntad de la persona en cuanto a las acciones que decida realizar que la afecten directamente.

7.3. Licencia:

La persona que efectúe una denuncia, podrá solicitar la licencia en los términos que siguen a continuación.

A.) Tipo: Licencia con goce de haberes.

B.) Plazo y Vigencia: la licencia tendrá un plazo de hasta QUINCE (15) días corridos por año y podrá prorrogarse conforme punto 7.4. del presente protocolo.

C.) Antigüedad y Uso: Podrán hacer uso de la licencia las agentes que presten servicios en el Organismo que sean víctimas de violencia de género, sin requerir un mínimo de antigüedad.

7.4. Procedimiento:

Luego de recepcionar el pedido de licencia, se le notificará a la agente los pasos a seguir, que constan en los siguientes:

- Documentación y Plazos de la Licencia:

Quien solicite la presente licencia, en el plazo de CINCO (5) días hábiles desde la solicitud, deberá presentar y/o hacer llegar y/o enviar vía correo electrónico Denuncia policial y/o judicial y/o denuncia documentada ante Organismos Públicos de carácter local y/o nacional con competencia en atención y asistencia a las víctimas, sea administrativa o judicial.

Efectuada la presentación de la mencionada Constancia y/o Denuncia, el Área de Género y Diversidad comunicará al Área Administración de Personal a fin de justificar los días solicitados y asimismo notificará a la agente por el mismo medio.

- En caso de no contar con la constancia de denuncia:

En caso de haber transcurrido los CINCO (5) días hábiles y no se cuente con la Denuncia y/o Constancia, la persona solicitante de la licencia deberá comunicarse con el Área de Género y Diversidad a fin de informar las circunstancias por las cuales no ha acompañado la documentación y pautar una entrevista, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, la cual se fijará según el lugar de trabajo de la agente.-

Al término de dicha entrevista y en el supuesto que la denuncia policial y/o judicial o documentación pertinente no haya sido presentada, el Área de Género y Diversidad deberá elaborar un informe que elevará dentro de las veinticuatro (24) horas al Director General de Recursos Humanos quien podrá dar por finalizada la solicitud de licencia, o bien ampliar el plazo de entrega por DOS (2) días hábiles más, teniendo en cuenta el informe elevado por el Área mencionada.

En caso que la comunicación no suceda, desde el Área de Género y Diversidad intentará contactarse con la persona solicitante de la licencia de acuerdo a los datos de contacto que surjan de su legajo personal y/o comunicados por la misma; de resultar imposible dicho contacto se procederá de acuerdo a las normas de aplicación para licencias, justificaciones y franquicias dentro del organismo.-

- Solicitud de Prórroga.

En caso de que la persona solicitante de la licencia requiera una prórroga del plazo de la Licencia, deberá comunicarlo antes del vencimiento de la misma, al Área de Género y Diversidades acompañando la documentación y/o información que entienda pertinente, a fin de analizar la evolución del caso y, en caso

de considerarlo pertinente, extender la licencia por el plazo solicitado de hasta QUINCE (15) días corridos por única vez, pudiendo convocarse a nueva citación para seguimiento y evaluación.

7.5. Traslado de sede y/o cambio horario.

En los casos donde la persona o el Área de Género y Diversidades, con consentimiento de la persona, solicite el Traslado de Dependencia y/o cambio horario por motivo de violencia de género, las áreas involucradas en dicho traslado actuarán en todo el proceso de forma ágil y expeditiva.-

En todos los casos se dará intervención al Área de género y diversidades que realizará una evaluación de cada particularidad. Asimismo, la agente deberá presentar la Constancia y/o Denuncia en el plazo y términos requeridos en el apartado 7.4. del presente protocolo.

7.5.1. MUDANZA y/o TRASLADOS. Si la persona en situación de violencia doméstica decidiera mudarse de su domicilio particular, el Organismo deberá arbitrar los medios necesarios para agilizar el procedimiento de traslado de dependencia de revista y tomar los recaudos pertinentes para no revictimizar a la denunciante, dándole un tratamiento de confidencialidad a la información del caso.

7.5.2 RESTRICCIÓN PERIMETRAL. En caso de que el Organismo tome conocimiento de medidas de restricción de cualquier tipo, ordenada por autoridad competente contra un agente, la misma se cumplirá inmediatamente y se dará intervención al Área de Género y Diversidades que realizará una evaluación de acuerdo al tipo de restricción y emitirá las recomendaciones a fin de que se tomen las medidas pertinentes.

7.6 Acciones y/o medidas a tomar con la persona que violenta a otra:

Los hechos de violencia por motivos de género se encuentran prohibidos por lo tanto, tales actos de discriminación o violencia laboral por motivos de género pueden dar lugar a la aplicación del régimen disciplinario vigente en el organismo y la definición final de las sanciones aplicables dependerá de la gravedad de cada caso y las mismas deberán ser determinadas por las unidades con competencia específica para ello.-

8. El presente protocolo, conjuntamente con las normas de aplicación en la materia en el ámbito de este organismo, resultan las directrices para velar para que las autoridades, funcionarios, personal y agentes se comporten de conformidad con las obligaciones que emanan de las mismas; velando por

un ambiente libre de discriminación por razones de género u orientación sexual y brindando las herramientas necesarias para ello y generando espacios de acompañamiento de las víctimas.

LEY 27.611

Ley Nacional de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia – Disposiciones – Modificación de las leyes 17.671, 24.714 y 26.413.

Sanción: 30/12/2020

Promulgación: 14/01/2021

Publicación: B.O. 15/01/2021

LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Art. 1° - Objeto. La presente ley tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia.

Art. 2° - Marco normativo. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención

Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en virtud de la protección que les otorgan al derecho a la identidad, la salud integral, la alimentación saludable, a una vida digna y libre de violencias, a la seguridad social y al cuidado en los primeros años de la niñez.

Art. 3° - Principios rectores. Las disposiciones y políticas públicas establecidas en la presente ley son complementarias y se enmarcan en las establecidas en las leyes 26.061 y 26.485, y en los sistemas de protección allí definidos.

En virtud de que las personas gestantes y la primera infancia son las destinatarias de la presente ley, se establecen como principios rectores, que se suman a los establecidos en las leyes mencionadas, los siguientes:

a. Atención integral de la salud de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y niñas hasta los tres (3) años de edad;

b. Articulación y coordinación de los distintos organismos competentes en las políticas públicas dirigidas a la primera infancia hasta los tres (3) años de edad;

c. Simplificación de los trámites necesarios para el acceso a los derechos de la seguridad social;

d. Diseño de políticas públicas que brinden la asistencia y el acompañamiento adecuado para que las familias puedan asumir sus responsabilidades de cuidados integrales de la salud;

e. Respeto irrestricto del interés superior del niño y de la niña y del principio de autonomía progresiva;

f. Respeto a la autonomía de las mujeres y otras personas gestantes;

g. Respeto a la identidad de género de las personas;

h. Acceso a la información y a la capacitación para el ejercicio de derechos;

i. Atención especializada de acuerdo con la interseccionalidad de los derechos y vulneraciones de estos.

CAPÍTULO II

Derecho a la seguridad social.

Art. 4° - Asignación por Cuidado de Salud Integral. Incorpórase como inciso k) del artículo 6° de la ley 24.714, el siguiente:

k) Asignación por Cuidado de Salud Integral.

Art. 5° - Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación por Cuidado de Salud Integral. Incorpórase como artículo 14 octies de la ley 24.714 y sus modificatorias, el siguiente:

Artículo 14 octies: La Asignación por Cuidado de Salud Integral consistirá en el pago de una suma de dinero que se abonará una (1) vez al año a las personas titulares comprendidas en el artículo 1° de la presente ley, por cada niño o niña menor de tres (3) años de edad que se encuentre a su cargo, siempre que hayan tenido derecho al cobro de la prestación establecida en el inciso i) del artículo 6° de la presente ley dentro del año calendario, y siempre que acrediten el cumplimiento del plan de vacunación y control sanitario, de conformidad con los requisitos que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) establecerá a tales efectos.

Art. 6° - Montos. Incorpórase como inciso m) del artículo 18 de la ley 24.714 y sus modificatorias, el siguiente:

m) Asignación por Cuidado de Salud Integral: la mayor suma fijada en los incisos a) o b), según corresponda.

Art. 7° - Extensión de la Asignación por Embarazo para Protección Social. Modificase el primer párrafo del artículo 14 quater de la ley 24.714 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 14 quater: La Asignación por Embarazo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva mensual que se abonará a la persona gestante, desde el inicio de su embarazo hasta su interrupción o el nacimiento del hijo, siempre que no exceda de nueve (9) mensualidades, debiendo solicitarse a partir de la decimosegunda (12) semana de gestación.

Art. 8° - Asignación por nacimiento. Eliminación de antigüedad. Modificase el artículo 12 de la ley 24.714 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 12: La asignación por nacimiento de hijo consistirá en el pago de una suma de dinero que se abonará una vez acreditado tal hecho ante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

Art. 9° - Asignación por adopción. Eliminación de antigüedad. Modificase el artículo 13 de la ley 24.714 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 13: La asignación por adopción consistirá en el pago de una suma de dinero que se abonará una vez acreditado dicho acto ante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

Art. 10. - Extensión de la asignación por nacimiento y de la asignación por adopción. Incorpórase como artículo 14 septies de la ley 24.714 y sus modificatorias, el siguiente:

Artículo 14 septies: Las personas titulares comprendidas en el inciso c) del artículo 1° de la presente ley tendrán derecho a la percepción de las asignaciones por nacimiento y adopción establecidas en los incisos f) y g) del artículo 6° también de la presente. Para acceder a dichas prestaciones, las personas titulares deberán acreditar el hecho y/o el acto generador pertinente ante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

Art. 11. - Articulación intraestatal. El Poder Ejecutivo, a través de sus organismos competentes, deberá articular procedimientos de intercambio de información a fin de facilitar la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para el cobro de las prestaciones instituidas en la ley 24.714 y sus modificatorias.

CAPÍTULO III

Derecho a la identidad

Art. 12. - Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos. Certificado digital de hechos vitales. Creación. Créase, en el ámbito del Registro Nacional de las Personas (RENAPER), el Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos a fin de garantizar el derecho a la identidad y a la inscripción e identificación inmediata de recién nacidas y nacidos, de conformidad con los artículos 11, 12 y 13 de la ley 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

El Sistema se implementará a través de la plataforma de emisión de certificados digitales de hechos vitales, medio por el cual los y las profesionales médicos intervinientes deben certificar por documento electrónico con firma digital los hechos vitales de las personas, en un todo de acuerdo con lo establecido en los artículos 30, 32, 34, 35, 62, 64 y 65 de la ley 26.413, resguardando la seguridad e inviolabilidad de los datos y conforme a los parámetros estipulados por los organismos con competencia en la materia.

El Registro Nacional de las Personas, en coordinación con los organismos del Poder Ejecutivo nacional con competencia en la materia y con el Consejo Federal del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la República Argentina, creado por el artículo 93 de la ley 26.413, efectuará la implementación del Certificado Digital de Hechos Vitales conforme a lo dispuesto en los artículos 19, 24 y 25 de la ley 17.671 y sus modificatorias, permaneciendo vigentes los certificados extendidos en formato papel, hasta tanto se complete en forma plena e integral dicha implementación en todo el territorio nacional.

El personal de salud, obstétrica o agente sanitario habilitado al efecto, que hubiere atendido el parto en caso de nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médicos asistenciales de gestión pública o privada, deberá informar el hecho del nacimiento al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente y al Registro Nacional de las Personas dentro de los siete (7) días corridos de ocurrido y del modo que dicha autoridad reglamente.

Art. 13. - Exención de tasas. Modifícase el artículo 30 de la ley 17.671, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 30: Quedan exentos del pago de las tasas que en virtud de esta ley determine el Ministerio del Interior:

a. Los organismos públicos que, en el ejercicio de sus funciones, requieran documentos, certificados y testimonios, debiendo consignarse en ellos "servicio oficial";

b. Las personas que no cuenten con recursos económicos para afrontar el pago de la tasa y sus hijos o hijas menores de dieciocho (18) años de edad o hijos o hijas u otras personas con capacidades restringidas que se hallen a su cargo. Facúltase al Registro Nacional de las Personas a dictar las normas complementarias, y reglamentarias y todo acto administrativo que fuere menester para su implementación, así como para la constatación necesaria a través del flujo de información e interoperabilidad con las bases de datos de otros organismos del Estado nacional.

Art. 14. - Deber inmediato de informar. Modifícase el artículo 27 de la ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 27: Se inscribirán en los libros de nacimientos:

a. Todos los que ocurran en el territorio de la Nación. Dicha inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar de nacimiento;

b. Aquellos cuyo registro sea ordenado por juez competente;

c. Los que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina ante el oficial público del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo. Los que ocurran en lugares bajo jurisdicción nacional;

d. Las nuevas inscripciones dispuestas como consecuencia de una adopción;

e. Los reconocimientos.

Una vez inscripto el nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda, el mismo deberá ser informado por la autoridad registral competente al Registro Nacional de las Personas (RENAPER) en el plazo máximo de siete (7) días corridos.

Art. 15. - Inscripción administrativa tardía. Modifícase el artículo 29 de la ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 29: Vencidos los plazos indicados en el artículo 28, la inscripción podrá efectuarse por resolución administrativa fundada, para cuyo dictado se deberán cumplimentar los siguientes recaudos:

a. Certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el Registro Civil del lugar de nacimiento;

b. Certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento;

c. Informe del Registro Nacional de las Personas donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está identificada, matriculada o enrolada, determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; o, en su caso, certificado de preidentificación, en el que conste que con los datos aportados por la persona y la información biométrica obtenida, no obran antecedentes de matrícula en el mencionado organismo; y

d. Declaración bajo juramento de dos (2) testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento, y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente.

En caso de no reunirse los recaudos dispuestos en los incisos precedentes, o si se ha denegado en sede administrativa la petición de inscripción, la misma deberá realizarse por medio de una resolución judicial. En estos casos, el juez o la jueza podrán valerse de otras pruebas que estime conveniente exigir según cada caso.

En caso de inscripciones de personas menores de edad se dará previa intervención al Ministerio Público de la jurisdicción de que se trate.

CAPÍTULO IV

Derecho a la salud integral

Art. 16. - Modelo de atención integral. La autoridad de aplicación de la presente ley deberá diseñar un modelo de atención y cuidado integral de la salud específico y adecuado para la etapa del embarazo y hasta los tres (3) años de edad, desde la perspectiva del derecho a la salud integral de las mujeres, otras personas gestantes, niños y niñas, y teniendo en cuenta las particularidades territoriales de todo el país. El modelo de atención definido debe incluir de manera transversal a los tres (3) subsectores que componen el sistema de salud y articular con otros organismos públicos competentes en la materia.

Art. 17. - Capacitación del personal. Los equipos de profesionales y personal interviniente en la implementación de la presente ley deberán estar debidamente capacitados en los contenidos, principios rectores y objetivos establecidos en ésta y en otras disposiciones normativas que regulen la materia, para disponer de información adecuada y desarrollar las competencias necesarias para dar cumplimiento efectivo a lo establecido en esta norma. La autoridad de aplicación dispondrá de un programa de capacitación específico acorde a los distintos niveles de atención de los diferentes organismos del Estado que intervengan en su implementación.

Art. 18. - Equipos comunitarios. La autoridad de aplicación deberá articular con las provincias y con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco del trabajo que ya realizan los equipos de atención de salud comunitaria, a fin de promover el acceso de las mujeres y otras personas gestantes y de las niñas y los niños hasta los tres (3) años de edad, a los servicios de salud pertinentes, a los centros de desarrollo infantil regulados por la ley 26.233, y a los jardines maternos y de infantes, regulados por la ley 26.206, a la gestión de trámites y documentación necesaria, a los espacios de atención para casos de violencia por motivos de género, a la asistencia social y a las correspondientes prestaciones de la seguridad social. A tal fin, la autoridad de aplicación deberá establecer los lineamientos básicos de intervención, articulación y coordinación de los dispositivos y equipos de salud comunitarios con los organismos administrativos de protección de derechos establecidos en el artículo 42 de la ley 26.061, así como con los organismos administrativos nacionales, provinciales o municipales competentes en las políticas públicas involucradas.

Art. 19. - Formación y participación. La autoridad de aplicación deberá articular y coordinar, en ámbitos públicos, a los centros de atención primaria de la salud, a los centros de desarrollo infantil regulados por la ley 26.233, y a los jardines maternos y de infantes regulados por la ley 26.206, los talleres y espacios de formación, participación y acceso a la información para mujeres y otras personas gestantes y sus familiares, sobre cuidados de la salud integral, desarrollo y vínculos tempranos, alimentación saludable, lactancia materna y prevención de las violencias, entre otros aspectos relevantes desde la perspectiva del derecho a la salud integral.

La autoridad de aplicación fomentará la inclusión del o de la corresponsable parental en la consulta prenatal creando una consulta específica para facilitar su preparación para el momento del parto y la crianza.

Art. 20. - Provisión pública de insumos fundamentales. El Estado nacional deberá implementar la provisión pública y gratuita de insumos fundamentales para las mujeres y otras personas gestantes durante el embarazo y para los niños y las niñas hasta los tres (3) años, en los casos y condiciones que determine la reglamentación.

En especial, se atenderá a la provisión de:

a. Medicamentos esenciales;

b. Vacunas;

c. Leche;

d. Alimentos para el crecimiento y desarrollo saludable en el embarazo y la niñez, en el marco de los programas disponibles al efecto.

Art. 21. - Estrategias específicas para la salud perinatal y primeros años de vida. La autoridad de aplicación deberá implementar políticas específicas de atención, promoción, protección y prevención de la salud integral de las personas gestantes y de los niños y las niñas hasta los tres (3) años. En particular, se deberá promover en el sistema de salud:

a. El acceso a la atención de las mujeres y de otras personas gestantes, a fin de realizar controles e intervenciones oportunas y de manera integral para la prevención, el diagnóstico y tratamiento de eventuales complicaciones;

b. Estrategias de protección del sueño seguro para todos los niños y las niñas que incluye capacitación a los equipos de salud, las mujeres y otras personas gestantes y a las familias, sobre prácticas de prevención de eventos graves durante el sueño;

c. Estrategias de prevención de lesiones no intencionales durante los primeros años que deberán incluir capacitación a los equipos de salud respecto del cuidado de los espacios públicos y privados para prevenir lesiones en estas edades; transmisión de medidas preventivas a las familias; normativas sobre seguridad de juguetes y mobiliarios y espacios seguros para el traslado en transporte público y privado;

d. Un sistema de referencia y contrareferencia eficiente entre el primer y el segundo nivel de atención en salud;

e. En caso de internación de los niños y niñas en centros sanitarios públicos o privados y a los fines de una atención sanitaria adecuada, que los niños y niñas tengan contacto recíproco con quienes ejerzan la responsabilidad parental, guarda o tutela conforme las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación, así como también con aquellos parientes o personas con los cuales tengan un vínculo afectivo.

CAPÍTULO V

Derecho a la protección en situaciones específicas de vulnerabilidad

Art. 22. - Organización de servicios de salud para los niños y las niñas con necesidad de cuidados especiales en sus primeros años. Para aquellos niños y aquellas niñas con condiciones de salud de mayor prevalencia a esta edad; antecedentes de parto pretérmino; cardiopatías congénitas; otras malformaciones o enfermedades congénitas, genéticas o metabólicas que impliquen un alto riesgo o impacto en la salud y calidad de vida, la autoridad de aplicación deberá organizar un modelo de atención por riesgo priorizando las intervenciones comunitarias centradas en las familias, en el marco de la estrategia de atención primaria de la salud, con la consiguiente corresponsabilidad con los niveles de mayor complejidad de atención de la salud.

Se deberán incorporar paulatinamente en los efectores de salud, de acuerdo a los plazos que establezca la autoridad de aplicación, el equipamiento para procedimientos y técnicas diagnósticas de las condiciones de alto riesgo para la salud de mayor prevalencia en los primeros años, que deberán acompañarse de la capacitación del personal interviniente para la realización de los mismos. También se incorporará, en la forma que establezca la autoridad de aplicación, el acceso de las personas gestantes al estudio de morfología fetal por ecografía, o método que en el futuro lo reemplace, entre las 18 a 22 semanas de gestación, para definir malformaciones congénitas mayores o problemas de la salud fetal, y a otros estudios y prác-

ticas que se establezcan en los protocolos que dicte la autoridad de aplicación.

Art. 23. - Personas que cursen embarazos de alto riesgo. Trombofilia. Para las personas gestantes que cursen embarazos de alto riesgo, la autoridad de aplicación deberá impulsar un modelo de atención que priorice las intervenciones comunitarias centradas en el cuidado de la salud integral, el acceso equitativo a las redes de servicios de salud perinatal organizados según la complejidad lo requiera para los métodos diagnósticos y los tratamientos indicados, así como también procurar que los nacimientos ocurran en maternidades seguras para la atención, según el riesgo de la persona gestante o la salud fetal.

Para aquellas personas con sospecha de trombofilia por indicación médica, según criterio del profesional tratante, según protocolos establecidos por la autoridad de aplicación y basado en antecedentes tanto obstétricos como no obstétricos, la autoridad de aplicación deberá procurar el acceso a los estudios diagnósticos gratuitos y a los tratamientos establecidos para tal condición, tanto para las personas con cobertura pública exclusiva como para quienes posean otra cobertura social. También deberá impulsar el establecimiento de un modelo de atención que priorice las intervenciones comunitarias centradas en el cuidado de la salud integral, con enfoque en la reducción del riesgo, el acceso equitativo a los servicios de salud según la complejidad requerida para los métodos diagnósticos y el tratamiento, cuando estuviera indicado.

Art. 24. - Mujeres u otras personas gestantes en situación de violencia por razones de género. La autoridad de aplicación deberá arbitrar los medios para que, en los dispositivos intervinientes en la implementación de la presente ley, se informe a las mujeres y otras personas gestantes, sobre su derecho a una vida libre de violencia física, psicológica, obstétrica e institucional y que se les brinde información sobre los dispositivos de atención y denuncia existentes. A tal fin, la autoridad de aplicación diseñará material de difusión específico acerca de esta temática.

En aquellos casos en los cuales, en el marco de la atención sanitaria, se observen indicios o sospechas de posibles situaciones de violencia por motivos de género, los equipos profesionales y personal interviniente tienen el deber de informar a las niñas, adolescentes, mujeres y otras personas gestantes sobre los derechos establecidos en la ley 26.485 y sobre los recursos de atención y denuncia existentes. Las niñas, adolescentes, mujeres y otras personas gestantes en situación de violencia por razones de género que manifestasen su voluntad de ser atendidas por los servicios de salud mental, deberán recibir atención

de inmediato. Los servicios de salud deberán garantizar una atención adecuada, articulando con los organismos competentes en la materia para la derivación correspondiente y el cumplimiento de la ley 26.485.

Art. 25. - Indicadores. La autoridad de aplicación deberá acordar, en el marco de la unidad de coordinación establecida en el artículo 30 de la presente ley, un listado de indicadores integrales que incluyan los determinantes sociales de la salud, para aportar información a nivel poblacional con la que sea posible identificar a las personas gestantes, los niños y las niñas en situaciones de amenaza o vulneración de derechos que afecten o pudieran afectar su salud integral.

La autoridad de aplicación promoverá la capacitación en estos indicadores, búsqueda activa e incumbencias sobre protocolos a seguir en casos de vulneración de derechos que afecten la salud integral, a todos los integrantes de equipos de salud, desarrollo social, educación y de protección de las infancias, responsables del cuidado integral de la salud de las personas gestantes, las niñas y los niños hasta los tres (3) años de edad.

Art. 26. - Niñas y adolescentes embarazadas. La autoridad de aplicación de la presente ley deberá asegurar protocolos para la atención especializada y específica para las niñas y adolescentes menores de quince (15) años embarazadas, como grupo en situación de alta vulnerabilidad. Se garantizará una atención oportuna del servicio de salud para la detección de un posible abuso sexual con todos los resguardos necesarios para preservar su privacidad y la confidencialidad y respetar la autonomía progresiva según lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación, evitando su revictimización.

CAPÍTULO VI

Derecho a la información

Art. 27. - Guía de cuidados integrales de la salud. La autoridad de aplicación diseñará y publicará en formato accesible una guía de cuidados integrales de la salud que contendrá información propia de cada etapa del curso vital, brindará información sobre el derecho a una vida libre de violencias, difundirá los beneficios de la lactancia materna y estimulará la corresponsabilidad en las tareas de cuidado con refuerzo en los vínculos tempranos, el juego y el disfrute. Se promoverá su difusión en todos los establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados, que cuentan con atención obstétrica y/o pediátrica, dispositivos territoriales de cada organismo con competencia en la materia, y a través de todos los medios posibles.

Art. 28. - Línea gratuita de atención. La autoridad de aplicación deberá incorporar en las líneas gratuitas de atención telefónica ya existentes, en forma articulada con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a través de los organismos gubernamentales pertinentes, la atención de mujeres y personas gestantes y sus familiares a fin de brindar información adecuada acorde a la etapa de gestación o crianza correspondiente. La autoridad de aplicación desarrollará contenidos adaptables a diversos medios y formatos de comunicación que promuevan y faciliten el acceso a la información. Se creará un dispositivo específico de atención, derivación y seguimiento de mujeres y personas gestantes en situaciones de especial vulnerabilidad.

CAPÍTULO VII

Autoridad de aplicación

Art. 29. - Autoridad de aplicación. Designase al Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación de la presente ley.

Art. 30. - Unidad de coordinación administrativa. Créase en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, una unidad de coordinación administrativa para la atención y el cuidado integral de la salud de las mujeres y personas gestantes durante el embarazo, y de sus hijos e hijas hasta los tres (3) años. Esta unidad tendrá como función el abordaje integral y la coordinación de las acciones necesarias para la plena implementación de lo establecido en la presente ley.

La unidad de coordinación administrativa estará integrada por representantes:

- a. Del Ministerio de Salud de la Nación;
- b. Del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad;
- c. Del Ministerio de Desarrollo Social;
- d. De la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF);
- e. Del Ministerio de Educación;
- f. De la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES);
- g. Del Registro Nacional de las Personas (RENA-PER);
- h. Del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales;

i. De otros organismos que la autoridad de aplicación considere relevantes para la implementación efectiva de la presente ley.

Art. 31. - Funciones de la unidad de coordinación administrativa. La unidad creada en el artículo 30 de la presente ley tendrá como funciones:

a. Garantizar la coordinación y la articulación de las políticas sanitarias, de género, alimentarias, de cuidado, transporte, registro, entre otras con competencia en la materia;

b. Promover la integralidad en la atención de las mujeres y otras personas gestantes y sus hijas e hijos hasta los tres (3) años;

c. Promover la eficacia y simplificación de los trámites y gestión administrativa para el registro y obtención de prestaciones, bienes y servicios y el ejercicio de sus derechos;

d. Incentivar la corresponsabilidad en el cuidado de las niñas y los niños;

e. Garantizar la perspectiva de género y respeto a los derechos humanos de las mujeres y otras personas gestantes y de los niños y las niñas en la implementación de la presente ley;

f. Garantizar el acceso a la información sobre el ejercicio de los derechos contemplados en la presente ley;

g. Diseñar protocolos específicos de actuación, incluyendo los referidos a la actuación en ámbitos comunitarios para la atención durante el embarazo y los tres (3) primeros años de vida de niños y niñas, así como protocolos específicos que regirán el funcionamiento de la línea de atención telefónica, bajo una perspectiva de derechos;

h. Diseñar e implementar herramientas de asesoramiento y apoyo técnico, dispositivos de derivación responsable y otros mecanismos rectores para el personal y organismos involucrados en el cumplimiento de la presente ley;

i. Elaborar y ejecutar un plan de capacitación integral orientado a todo el personal involucrado en el cumplimiento de la presente ley, asegurando que el contenido aborde las distintas temáticas y procesos críticos, el que será definido atendiendo a los distintos perfiles que conforman los equipos de las áreas involucradas.

Art. 32. - Unificación de registros y bases de datos. La autoridad de aplicación deberá arbitrar los medios

para promover la unificación de los registros y bases de datos entre los organismos involucrados en la implementación de la presente ley con el fin de mejorar la eficacia y el acceso a derechos, prestaciones y servicios, y cumplir con un adecuado seguimiento y monitoreo de las políticas.

Art. 33. - Monitoreo y evaluación. La autoridad de aplicación deberá elaborar e instrumentar un sistema de monitoreo y evaluación de la implementación de la presente ley, incluyendo la construcción de indicadores priorizados que permitan evaluar el acceso y el ejercicio efectivo de los derechos garantizados por la presente.

El esquema de monitoreo y evaluación será implementado de manera transversal por los tres (3) subsectores que componen el sistema de salud -público, obras sociales, y medicina prepaga-, resultando obligatorio el envío de la información requerida por la autoridad de aplicación.

Art. 34. - Rendición de cuentas. La autoridad de aplicación deberá enviar al Honorable Congreso de la Nación un informe anual con el estado de avance e indicadores respecto de la implementación de la presente ley.

Art. 35. - Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DECRETO 14

Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención posaborto – Observación – Veto parcial de la ley 27.610.

Fecha: 14/01/2021

Publicación: B.O. 15/01/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-91785049-APN-DSGA#SLYT y el Proyecto de Ley registrado bajo el N° 27.610, sancionado por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN el 30 de diciembre de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que el proyecto de ley registrado bajo el N° 27.610 tiene como objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de las personas con otras identidades de género con capacidad para ges-

tar, con el fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.

Que la Presidenta de la Banca de la Mujer del SENADO DE LA NACIÓN, en el marco de la sesión especial del 29 de diciembre de 2020, realizó una consideración respecto a la palabra “integral” en el artículo 4º, inciso b) y en el artículo 16, en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal que sustituye, y el PODER EJECUTIVO NACIONAL entiende conveniente observar la palabra “integral” que califica a la salud en las normas indicadas precedentemente.

Que esta observación tiene como objeto dar claridad al texto del proyecto en su parte pertinente, es decir, mantener las causales de interrupción legal del embarazo tal cual han estado vigentes desde 1921 para que sigan rigiendo del mismo modo a partir de la promulgación de la presente ley, en el marco de los estándares normativos y jurisprudenciales actuales.

Que, de conformidad con los estándares de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (Constitución de la Organización Mundial de la Salud) y la normativa internacional y local vigente (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 26.657, entre otras), la salud no requiere calificativos para ser comprendida en su concepto.

Que, en ese sentido, el agregado de la palabra “integral” no ha aportado claridad en el debate del proyecto de ley en el Congreso.

Que la “salud” como concepto es autosuficiente por lo que, a los fines de guardar consistencia normativa y de asegurar que la atención de la salud se realice de acuerdo con los compromisos nacionales e internacionales asumidos para la protección de ese derecho, se propicia eliminar la palabra “integral” por medio de su observación parcial por parte del PODER EJECUTIVO NACIONAL en el inciso b) del artículo 4º y en el artículo 16, en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal que sustituye.

Que la medida que se propone no altera el espíritu ni la unidad del Proyecto de Ley sancionado por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los decretos de promulgación parcial de Leyes dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, de conformidad con lo establecido por el artículo 80 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que ha tomado intervención el servicio jurídico pertinente.

Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades conferidas al PODER EJECUTIVO NACIONAL por el artículo 80 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello:

El Presidente de la Nación Argentina en Acuerdo General de Ministros decreta:

Art. 1º - Obsérvese la palabra “integral” a continuación de la palabra “salud” en el inciso b) del artículo 4º y en el artículo 16, en el inciso 2) del artículo 86 del Código Penal que sustituye, del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 27.610.

Art. 2º - Con las salvedades establecidas en el artículo precedente, cúmplase, promúlgase y téngase por Ley de la Nación el Proyecto de Ley registrado bajo el N° 27.610.

Art. 3º - Dese cuenta a la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Art. 4º - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Enrique de Pedro - Solá - Rossi - Guzmán - Basterra - Katopodis - Meoni - Kulfas - Losardo - Frederic - González García - Arroyo - Gómez Alcorta - Trotta - Bauer - Salvatorezza - Moroni - Cabandie - Lammens - Ferraresi.

DECRETO 123

Programa Interministerial de Abordaje Integral de las Violencias Extremas por Motivos de Género – Creación del Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios – Norma complementaria de la res. conj. 3 (M.S., M.J. y D.H. y M.M.G. y D.).

Fecha: 21/02/2021

Publicación: B.O. 22/02/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-13323117-APN-SSGA#MMGYD, las Leyes Nros. 23.179, 24.059, 24.632, 26.485, 26.743, 26.791, 27.363, 27.452 y 27.499, los Decretos Nros. 7 del 10 de diciembre de 2019 y 734 del 8 de septiembre de 2020, la Resolución Conjunta del MINISTERIO DE SEGURIDAD, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y MINISTERIO

DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 3 del 12 de agosto de 2020, las Resoluciones del MINISTERIO DE SEGURIDAD Nros. 1515 del 28 de diciembre de 2012, 408 del 5 de noviembre de 2020 y 471 del 9 de diciembre de 2020 y del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 48 del 11 de febrero de 2021, y

CONSIDERANDO:

Que por las Leyes Nros. 23.179 y 24.632 se aprobaron, respectivamente, la CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER aprobada por la Resolución N° 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ”, las que establecen, dentro de los deberes de los Estados parte, los de adoptar políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer y orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las nombradas e incluir en su legislación interna las normas que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Que por su parte, el Comité de la CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER en su Recomendación General N° 19 del 29 de enero de 1992 declaró que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación, y los Estados Parte tienen el deber de adoptar medidas positivas para eliminar todos los aspectos de la violencia contra la mujer.

Que, asimismo, el citado Comité en su Recomendación General N° 35 del 26 de julio de 2017 complementó y actualizó la mencionada Recomendación General N° 19 e indicó que el concepto “violencia contra la mujer” debe ser entendido como “violencia por razón de género contra la mujer”, por entender que es un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género, reforzando la noción de violencia como problema social más que individual que exige respuestas integrales.

Que, por su parte, la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS precisó que la CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ es un instrumento vivo por lo que considera que cuando el artículo 9 de dicha Convención se refiere a la obligación del Estado de tener especialmente en cuenta la situación de la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de varios factores, estos necesariamente incluyen la orientación sexual y la identidad de género.

Que el estándar de prevención de las muertes violentas por razones de género ha sido profundizado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS a partir de la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2009 en el Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, al señalar que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres y, en particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias, la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

Que, por su parte, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ aprobó la “Declaración sobre el Femicidio” el 15 de agosto de 2008, en la que consideró al femicidio como “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” y recomendó a los Estados Parte que cuenten con bancos de datos, investigaciones y estadísticas que permitan conocer la magnitud de la problemática de femicidio en sus países, que realicen el monitoreo de los avances y retrocesos del Estado en esa materia.

Que los Principios sobre la Aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, “Principios de Yogyakarta” consagran el derecho a la vida y señalan que los Estados asegurarán que todos los ataques a la vida cometidos por motivos de orientación sexual o identidad de género sean investigados vigorosamente y en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, se presenten formalmente cargos contra las personas responsables, se las lleve a juicio y se las castigue debidamente.

Que la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres elaboró el “Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/femicidio)”, el que constituye una contribución para

el abordaje judicial de la violencia letal contra las mujeres, en el que se señala que los Estados deben adoptar medidas integrales destinadas a prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva en materia de violencia contra las mujeres.

Que en consonancia con los estándares internacionales señalados en los considerandos precedentes, la REPÚBLICA ARGENTINA sancionó 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, la que tiene entre sus objetivos los de promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; 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 sostengan la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.

Que, asimismo, la citada ley garantiza una vida sin violencia y sin discriminación como así también de gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad.

Que, por su parte, la Ley N° 26.743 estableció que toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su identidad de género y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género, y al libre desarrollo de su persona conforme a ella.

Que en dicho contexto normativo se sancionó la Ley N° 26.791 por la que se modificó el artículo 80 del Código Penal en cuatro supuestos: por un lado, se amplió la figura del homicidio calificado por el vínculo; se incorporó al concepto de crímenes de odio aquellos cometidos por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión; asimismo se incorporó el agravante cuando el homicidio sea perpetrado por un hombre a una mujer y mediare violencia de género, denominado doctrinariamente como "femicidio". Por último, también se incorporó como agravante que el homicidio fuera cometido con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación.

Que por la Ley N° 27.363 se incorporó el artículo 700 bis al Código Civil y Comercial de la Nación por el que se dispuso la privación de la responsabilidad parental al progenitor condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género, y por la Ley N° 27.452 se creó el Régimen de Reparación Económica para las niñas, niños y adolescentes cuando su progenitor y progenitor afín hubiese sido proce-

sado y/o condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de su progenitora.

Que en esa misma línea se sancionó la Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para Todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado N° 27.499.

Que no obstante el amplio marco jurídico nacional e internacional de protección descripto en los considerandos precedentes, acorde con el último Informe del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina que elaboró la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, durante el año 2019 se contabilizaron DOSCIENTAS SESENTA Y OCHO (268) víctimas letales de violencia de género en la REPÚBLICA ARGENTINA, de las cuales DOSCIENTAS CINCUENTA Y DOS (252) fueron víctimas directas de femicidio las que incluyen CINCO (5) travesticidios/ transfemicidios y DIECISÉIS (16) víctimas de femicidio vinculado. Asimismo, en dicho informe se concluyó que al menos DIECISÉIS (16) de los sujetos activos de femicidio directo pertenecían a las fuerzas de seguridad/armada.

Que para el año 2020, aún sin contar con el informe del Registro de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, se estima que los casos de violencia extrema por motivos de género habrían aumentado debido a las condiciones propiciadas por el contexto de aislamiento preventivo que requería enfrentar en forma eficaz la pandemia declarada en relación con la COVID-19.

Que dada la gravedad y complejidad del fenómeno de los femicidios, travesticidios y transfemicidios y otros tipos de violencias extremas por motivos de género se exige para su prevención, como para su abordaje, la adopción de medidas coordinadas, articuladas e integrales entre el Estado Nacional y las provincias.

Que la creación del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, mediante el dictado del Decreto N° 7/19 (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992 y sus modificaciones) de la Ley de Ministerios, respondió 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.

Que entre las competencias asignadas al citado Ministerio se encuentra la de entender en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas na-

cionales 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, por lo tanto, el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD es el organismo responsable, conforme las competencias otorgadas, de articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de la Ley N° 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.

Que entre las medidas adoptadas por el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD se encuentran las acciones establecidas en el “Plan Nacional de Acción contra las Violencias por Motivos de Género 2020-2022”, formulado tras un proceso participativo y federal, bajo una perspectiva multiagencial, transversal, integral e interseccional de esas violencias con el propósito de modificar las condiciones estructurales de desigualdad que afectan a las personas en situaciones de violencia por motivos de género.

Que mediante el Decreto N° 734/20 se creó el “PROGRAMA DE APOYO Y ACOMPAÑAMIENTO A PERSONAS EN SITUACIÓN DE RIESGO POR VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO” (ACOMPAÑAR) con el objetivo de promover la autonomía de las mujeres y personas LGBTI+ que se encuentran en riesgo acreditado por situación de violencia por motivos de género mediante el otorgamiento de una prestación económica y del fortalecimiento de redes de acompañamiento, destinado a cubrir los gastos esenciales de organización y desarrollo de un proyecto de vida autónomo y libre de violencias.

Que mediante la Resolución N° 80/20 y como parte del citado Plan Nacional de Acción, el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD creó el PROGRAMA PARA EL APOYO URGENTE Y LA ASISTENCIA INTEGRAL INMEDIATA ANTE CASOS DE FEMICIDIO, TRAVESTICIDIO Y TRANSFEMICIDIO con el objetivo de asistir integralmente a aquellas personas del grupo familiar o allegados o allegadas de víctimas de femicidio, travesticidio y transfemicidio.

Que, por su parte, compete al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, conforme a lo establecido por el Decreto N° 7/19 modificatorio de la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438/92) y sus modificaciones entender en la determinación de la política criminal y en la elaboración de planes y programas para su aplicación, así como en la prevención del delito.

Que, asimismo, la Ley N° 26.485 dispuso que el entonces MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS a través de la SECRETARÍA DE JUSTICIA promoviera la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia; la articulación y cooperación entre las distintas instancias judiciales involucradas con el fin de mejorar la eficacia de las medidas judiciales; fomentara 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 impedir las y reparar sus efectos, difundiendo periódicamente los resultados.

Que el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS brinda a las provincias herramientas de protección para las personas en situación de violencia por motivos de género, consistentes en dispositivos georreferenciados, que tienen por función el control y monitoreo garantizando el cumplimiento de medidas cautelares, con el objetivo de detectar la violación de las restricciones de acercamiento e intervenir, en consecuencia, para resguardar la seguridad de la persona en situación de violencia por motivos de género.

Que compete al MINISTERIO DE SEGURIDAD, conforme a lo establecido por el Decreto N° 7/19 modificatorio de la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438/92) y sus modificaciones y por la Ley N° 24.059 resguardar la libertad, la vida y el patrimonio de los y las 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 en la prevención del delito, y en virtud de las previsiones de la Ley N° 26.485 debe promover 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 por la Resolución Conjunta del MINISTERIO DE SEGURIDAD, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 3/20 se creó el “PROGRAMA INTERMINISTERIAL DE ABORDAJE INTEGRAL DE LAS VIOLENCIAS EXTREMAS POR MOTIVOS DE GÉNERO” con el objetivo de implementar políticas públicas interministeriales específicas para abordar de manera integral todo tipo de violencias extremas por motivos de género.

Que, entre las medidas dispuestas en el marco del citado Programa, el MINISTERIO DE SEGURIDAD creó el Sistema Único de Registro de Denuncias por Violencia de Género (URGE) a través de la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° 408/20, con el objetivo de unificar y homogeneizar la actuación del

personal de las Fuerzas Policiales y de Seguridad para la toma de denuncias de personas en situación de violencia por motivos de género, a partir de un sistema que unifica los criterios para la recepción de denuncias, cuenta con indicadores de riesgo y asegura la contención y la atención profesional para evitar la revictimización de las personas denunciadas, y se ha invitado a las provincias a adherir a ese sistema.

Que el MINISTERIO DE SEGURIDAD ha creado mediante la Resolución N° 407/20 la Mesa Federal de Seguridad, Género y Diversidad cuyo objeto es establecer un espacio de diálogo e intercambio entre esa Cartera Ministerial y las Carteras de Seguridad de las provincias y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, en torno al diseño, ejecución y promoción de políticas públicas en materia de derechos, género y diversidades orientadas a garantizar el respeto por los derechos humanos en el accionar de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y Provinciales, como así también promover relaciones laborales libres de violencia y respetuosas de los derechos al interior de las instituciones, desde una mirada federal, integral e interjurisdiccional.

Que por la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° 1515/12 y su modificatoria N° 471/20 se establecieron los procedimientos y modalidades de restricción del uso de armas de fuego de dotación al personal de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, ante la configuración de supuestos vinculados a violencia de género, familiar, licencias psiquiátricas y/o uso ilegítimo de la fuerza.

Que por la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 48/21 se creó el Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG), con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género, constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño de políticas públicas sobre un sustento empírico de la violencia por motivos de género a nivel nacional, determinar el nivel de riesgo en cada caso y establecer cuáles son los contextos en los que es más probable que la violencia se incremente y ponga en riesgo la vida o la integridad física y psicológica de las personas que denuncian o hacen consultas.

Que, no obstante las políticas públicas desarrolladas para prevenir, sancionar y erradicar las violencias por razones de género y en particular los femicidios, travesticidios y transfemicidios, no bastan las medidas adoptadas por el Estado Nacional para enfrentar la gravedad de estos hechos.

Que la prevención de estas violencias extremas, así como la asistencia a las personas en situación de vio-

lencias por motivos de género, dependen de los dispositivos, recursos, metodologías, definiciones, normativa y procedimientos que cada provincia adopta en el marco de sus competencias y las intervenciones de las fuerzas de seguridad y de la administración de justicia en materia de prevención, investigación, persecución, sanción y reparación respecto de estos delitos varían conforme las prácticas, metodologías y normativa procesal de cada jurisdicción.

Que resulta necesario implementar lineamientos rectores a nivel federal que unifiquen las intervenciones en materia de prevención, asistencia, investigación, sanción y reparación, que sean acordes a la complejidad y gravedad que presentan los femicidios, travesticidios, transfemicidios y otros tipos de violencias extremas por motivos de género.

Que la labor conjunta, coordinada y articulada del gobierno nacional con los gobiernos provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES es fundamental para dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos, a la normativa nacional y dar respuesta a la ciudadanía.

Que, en consecuencia, resulta conveniente crear, en el ámbito del PROGRAMA INTERMINISTERIAL DE ABORDAJE INTEGRAL DE LAS VIOLENCIAS EXTREMAS POR MOTIVOS DE GÉNERO, el CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS.

Que el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 1 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello:

El Presidente de la Nación Argentina decreta:

Art. 1° - Creación. Créase el CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS en el ámbito del PROGRAMA INTERMINISTERIAL DE ABORDAJE INTEGRAL DE LAS VIOLENCIAS EXTREMAS POR MOTIVOS DE GÉNERO creado por la Resolución Conjunta de los MINISTERIOS DE SEGURIDAD, de JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y de MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 3/20.

Art. 2° - Misión. El Consejo se crea con el fin de establecer un ámbito de trabajo interinstitucional que

garantice un abordaje integral, eficaz y articulado por parte de los distintos organismos involucrados del Estado Nacional, de las provincias y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES en materia de prevención, investigación, sanción, asistencia y reparación de los femicidios, travesticidios y transfemicidios y de otras violencias extremas.

Art. 3° - Integración. El Consejo se integrará, inicialmente, con las titulares de los MINISTERIOS DE SEGURIDAD, DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, y DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, quienes dictarán el Reglamento interno de funcionamiento. Posteriormente, a medida que las jurisdicciones acepten la invitación dispuesta en el párrafo siguiente, se incorporarán los y las titulares de los Ministerios análogos de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Invítase a las Provincias y a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES a incorporarse al Consejo creado en el artículo 1° del presente decreto, a cuyo fin comunicarán al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD su voluntad de adhesión y los y las ministras que las representarán en el mismo.

Art. 4° - Funciones. Serán funciones del CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS:

a. elaborar en forma conjunta los lineamientos para una política federal integral y unificada de prevención, investigación, sanción, asistencia y reparación de los femicidios, travesticidios y transfemicidios;

b. elaborar estándares, herramientas de gestión, protocolos, guías y criterios rectores generales de actuación teniendo en cuenta las particularidades de cada territorio;

c. unificar los sistemas de registro y gestión de la información;

d. promover mecanismos y circuitos de trabajo que aseguren una rápida, coordinada y especializada gestión de los casos de violencias por motivos de género promoviendo la coordinación de acciones entre los organismos judiciales, de seguridad y las áreas de género con competencia en la materia a nivel nacional y local;

e. recomendar la elaboración y aprobación de normas que contribuyan con los objetivos propuestos;

f. promover el fortalecimiento de los dispositivos locales de asistencia integral de situaciones de violencia por motivos de género;

g. promover, en cada jurisdicción, la organización de mesas de trabajo locales con participación de los gobiernos locales, integrantes del poder judicial y ministerios públicos con competencia en cada jurisdicción, referentes de la sociedad civil, asociaciones de apoyo a las personas en situación de violencia y expertos y expertas en la materia;

h. redactar y elevar un informe anual de las acciones que se tomaron en las distintas provincias y en el ámbito nacional en el marco del presente Consejo, el que deberá ser enviado al Congreso de la Nación.

Art. 5° - Carácter ad honorem. Establécese que los y las representantes que integren el CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS y su Coordinación Ejecutiva ejercerán sus tareas con carácter "ad honorem".

Art. 6° - Funcionamiento. Establécese que el CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS tendrá una Coordinación Ejecutiva a cargo de las o los titulares de los MINISTERIOS DE SEGURIDAD, DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD. La Coordinación Ejecutiva convocará al Consejo, como mínimo, una vez cada SEIS (6) meses y, como modalidad de funcionamiento, adoptará un esquema de trabajo por regiones que facilite el intercambio entre sus integrantes y permita elaborar estrategias acordes a las características de las distintas provincias y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

Art. 7° - Articulación con otros Poderes. El CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS podrá invitar a participar de las distintas reuniones, tanto regionales como plenarias, a las autoridades de los ministerios públicos, de los poderes judiciales y del PODER LEGISLATIVO, del ámbito nacional o de las distintas jurisdicciones, a fin de promover y potenciar el trabajo conjunto.

Art. 8° - Adhesiones. Invítase a las provincias y a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES a adherir al SISTEMA ÚNICO DE REGISTRO DE DENUNCIAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO (URGE), creado por la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° 408/20; a adherir al SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG), creado por la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 48/21, y a adoptar medidas de capacitación e implementación de sistemas de medición del riesgo en casos de violencias por motivos de género.

EL PROGRAMA INTERMINISTERIAL DE ABORDAJE INTEGRAL DE LAS VIOLENCIAS EXTREMAS POR MOTIVOS DE GÉNERO pondrá a disposición de las provincias y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES un sistema de indicadores de riesgo unificado y materiales de consulta y capacitación técnica en la materia.

Art. 9° - Medidas dependientes de los ámbitos judiciales provinciales.- Invítase a las máximas autoridades de los órganos que componen los Poderes Judiciales provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES a adoptar medidas tendientes a establecer mecanismos y circuitos de trabajo que aseguren una rápida, coordinada y especializada gestión de los casos de violencias por motivos de género en el ámbito de sus respectivas incumbencias y en especial, a notificar a los poderes ejecutivos provinciales de las medidas de protección dictadas en procesos judiciales. Asimismo se invita a las autoridades competentes de las distintas jurisdicciones a promover la creación de sistemas de alerta y procedimientos de comunicación ágiles en los casos de incumplimiento de estas medidas y de otros mecanismos de prevención que puedan articularse con las fuerzas de seguridad y los dispositivos de asistencia dependientes de los poderes ejecutivos provinciales en los casos de alto riesgo.

Art. 10. - Medidas dependientes de los ámbitos ejecutivos provinciales. Invítase a las Provincias y a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES a adoptar las siguientes medidas:

a. jerarquizar y fortalecer las áreas de género provinciales y promover el fortalecimiento de las áreas de género municipales responsables de la asistencia y protección integral a las personas en situación de violencia por motivos de género; mejorar los mecanismos de coordinación y criterios de actuación conjunta entre las provincias y los municipios, en especial en casos de alto riesgo, e informar de manera regular al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD sobre los recursos y lugares existentes en cada jurisdicción destinados a la asistencia y protección a personas en situación de violencia por motivos de género;

b. generar mecanismos que faciliten la realización de denuncias administrativas ante casos de violencias por motivos de género que involucren a miembros de las fuerzas de seguridad, a arbitrar todos los medios necesarios para la protección de las personas en situación de violencia por motivos de género en dichos casos y a adherir a los procedimientos y modalidades de restricción del uso de armas de fuego de dotación al personal de las Fuerzas Policiales y de Seguridad aprobados por la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° 1515/12 y su modificatoria N° 471/20;

c. garantizar que en los establecimientos de salud se cuente con equipos interdisciplinarios que aseguren un adecuado abordaje de los casos de violencia por motivos de género, incluyendo el registro de las intervenciones sanitarias vinculadas a estas situaciones, en articulación con los organismos competentes en la materia.

Art. 11. - La presente medida entrará en vigencia el día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 12. - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Gómez Alcorta - Frederic - Losardo.

RESOLUCIÓN 5 (M. M. G. D.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Creación del Sello Editorial “MinGeneros”.

Fecha: 11/01/2021

Publicación: B.O. 14/01/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-75284323-APN-CGD#MMGYD, las Leyes Nros 23.179, 24.632, 26.485, 27.275, 22.520 (t.o. 1992), y

CONSIDERANDO:

Que la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (“CEDAW”, por sus siglas en inglés) establece que “los Estados partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (artículo 3).

Que, asimismo, la CEDAW establece que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para [...] modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5, punto a).

Que, por su parte, la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR

LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “Convención de Belém Do Pará” establece que “los Estados Partes [...] convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia” (artículo 7).

Que, además, la “CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ” establece “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (artículo 6, punto b) y, en este sentido, los Estados Partes convienen en adoptar medidas específicas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer” (artículo 8, punto b).

Que, en el mismo sentido, se expresan los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género al establecer que los Estados “[a]doptarán todas las medidas apropiadas [...] para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género” (Principio 2) y que deberán “adoptar medidas para comunicar información e ideas, publicar y difundir materiales relativos a la orientación sexual y la identidad de género (Principio 19).

Que, a nivel nacional, 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 varones en todos los órdenes de la vida; generar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos.

Que el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD es el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (cfr. artículo 8°, Ley N° 26.485).

Que los estereotipos de género y aquellos consensos sociales y simbólicos que aún hoy sostienen y perpetúan jerarquías entre las diversas orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, reproduciendo violencia y desigualdad; deben ser leídos como prácticas modificables a través de acciones que promuevan un cambio cultural.

Que la erradicación de estereotipos y patrones culturales implica promover cambios en las percepciones del mundo para lograr un pensamiento crítico frente a esas prácticas que son discriminatorias. En este sentido, la educación, formación, capacitación e investigación son bastiones fundamentales para generar esas modificaciones.

Que no debe perderse de vista que los cambios en las prácticas sociales que reproducen un sistema desigual y jerárquico son fundamentales para la prevención de la violencia de género, el respeto por la diversidad en todas sus expresiones y, en consecuencia, para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

Que resulta necesario hacer visibles estas estructurales para generar herramientas que posibiliten un cambio en estos patrones y así construir una sociedad más igualitaria.

Que, para ello, una de las acciones que se propone es generar y difundir material didáctico para la igualdad, en clave de derechos humanos y con un enfoque de diversidad, que contribuya a esta visibilización y a la deconstrucción de las prácticas sociales que, como se mencionó, reproducen desigualdad y discriminación.

Que, asimismo, el material producido será difundido en un lenguaje claro y preciso, en diferentes formatos y en distintas lenguas lo que permitirá no sólo garantizar la accesibilidad sino también un mayor alcance en la población.

Que, por lo expuesto, la creación de un sello editorial propio cuyo nombre sea “MinGéneros” contribuiría a los objetivos descriptos y daría cumplimiento a las obligaciones asumidas y a las competencias encomendadas a este MINISTERIO.

Que la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES Y CONTENCIOSOS del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente resolución se dicta en uso de las facultades previstas en el artículo 4, inciso b), punto 19 de la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992) y sus modificatorias.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelve:

Art. 1° - Créase el Sello Editorial “MinGeneros” del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Art. 2° - Encomiéndase a la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD la realización de los trámites y acciones ante los organismos competentes para la implementación y puesta en funcionamiento del Sello Editorial creado en el artículo 1° de esta medida.

Art. 3° - El gasto que demande el cumplimiento de la presente medida, será atendido por el Programa 1 - actividades centrales, Sistema Administrativo Financiero 386, Jurisdicción 86 - MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta.

RESOLUCIÓN CONJUNTA 1 (M. M. G. D.) y 1 (D.S.G.E.P.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Requerimiento de información adicional a la Secretaría de Gestión y Empleo Público para el cumplimiento de lo previsto en los arts. 1° y 6° del dec. 721.

Fecha: 07/01/2021

Publicación: B.O. 19/01/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-75225566-APN-CGD#MMGYD del Registro del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992) y sus modificatorias, el Decreto N° 721 de fecha 3 de septiembre de 2020, la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 298 de fecha 21 de octubre de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que el Decreto N° 721 de fecha 3 de septiembre de 2020 estableció que, en el Sector Público Nacional, en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias, los cargos de personal deberán ser ocupados en una proporción no inferior al UNO

POR CIENTO (1 %) de la totalidad de los mismos por personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo.

Que, a fin de dar cumplimiento a la medida, el mencionado decreto estableció la capacitación de las autoridades y del personal del Poder Ejecutivo Nacional para asegurar que la inclusión en los puestos de trabajo del Sector Público Nacional se realice en condiciones de respeto a la identidad y expresión de género de las personas.

Que, asimismo, creó el REGISTRO DE ANOTACIÓN VOLUNTARIA DE PERSONAS TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y/O TRANSGÉNERO ASPIRANTES A INGRESAR A TRABAJAR EN EL SECTOR PÚBLICO NACIONAL y una UNIDAD DE COORDINACIÓN INTERMINISTERIAL que tiene entre sus objetivos garantizar los mecanismos y procedimientos necesarios para el cumplimiento efectivo de la medida propuesta.

Que esas competencias fueron asignadas al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD que, mediante la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 298/20, determinó las áreas de dicho Ministerio que llevarán adelante la gestión y las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

Que, asimismo, el Decreto N° 721/20 estableció que las jurisdicciones y entidades deberán informar al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD los puestos laborales disponibles.

Que, además, el referido decreto determinó que el seguimiento de la cantidad de cargos cubiertos con personas travestis, transexuales y transgénero, sobre los totales de cargos de la planta permanente y transitoria, y el total de los contratos existentes del Sector Público Nacional, será efectuado por el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que, para esto último, es necesario contar con información actualizada sobre la situación del empleo en el Sector Público Nacional.

Que, dentro de las competencias de la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, se encuentra la de asistir en el diseño e implementación de políticas de desarrollo estratégico de los recursos humanos y promoción del desarrollo personal y profesional de quienes lo integran.

Que la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO cuenta con la BASE INTEGRADA DE INFORMACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y SALARIOS EN EL

SECTOR PÚBLICO NACIONAL (BIEP), creada por el Decreto N° 365 del 26 de mayo de 2017.

Que la mencionada BASE INTEGRADA DE INFORMACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y SALARIOS EN EL SECTOR PÚBLICO NACIONAL es un soporte de datos analítico, integrado, detallado, histórico, consistente, flexible y escalable; que es la fuente única de la situación de Empleo Público Nacional.

Que la información centralizada por la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO es de suma utilidad para el cumplimiento de lo estipulado por el Decreto N° 721/20 y las funciones asignadas por el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que, si bien el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD hará uso de la información pública contenida en la BASE INTEGRADA DE EMPLEO PÚBLICO (BIEP), creada por el Decreto N° 365/17, que es actualizada por la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO cada SESENTA (60) días corridos, podrá requerir cualquier otra información necesaria para el cumplimiento del Decreto N° 721/20.

Que, en ese sentido, tanto la información pública disponible como aquella que pudiera ser requerida por el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD a la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO tendrá como objetivo contribuir al cumplimiento del cupo laboral establecido en el artículo 1° del Decreto N° 721/20 y, por lo tanto, el seguimiento de la cantidad de cargos cubiertos con personas travestis, transexuales y/o transgénero al que refiere el artículo 6° del mismo instrumento.

Que, por su parte, resulta necesario que las áreas de recursos humanos de las entidades y jurisdicciones del Sector Público Nacional, y aquellas que posteriormente adhieran al Decreto N° 721/20, remitan informes periódicos al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD sobre la cantidad de puestos cubiertos por personas travestis, transexuales y/o transgénero.

Que esto se realizará con el objetivo de monitorear el cumplimiento del cupo laboral establecido por el Decreto N° 721/20, y para garantizar la formación educativa obligatoria y la capacitación necesaria, a través de la UNIDAD DE COORDINACIÓN INTER-MINISTERIAL que funciona en el ámbito de la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS DE DIVERSIDAD del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que es menester que sea la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS DE DIVERSIDAD la que tenga a su cargo la recepción de los puestos disponibles informados por las jurisdicciones y entidades; y el seguimiento de la cantidad de puestos cubiertos con personas travestis, transexuales y/o transgénero (conforme artículos 1° y 6° del Decreto N° 721/20).

Que resulta necesario el dictado de una norma complementaria entre el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD y la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO, en los términos del artículo 10 del Decreto N° 721/20.

Que el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD (mediante IF-2020-87938798-APNDGAJ#MMGYD) y la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS (mediante IF-2021-00537254-APN-DGAJ#JGM), han tomado las intervenciones de sus competencias.

Que la presente se dicta en uso de las facultades previstas en el Decreto N° 50 del 19 de diciembre de 2019 y en el artículo 10 del Decreto N° 721/20.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad y la Secretaria de Gestión y Empleo Público de la Jefatura de Gabinete de Ministros resuelven:

Art. 1° - El MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD podrá requerir a la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO de la JEFATURA DE GABINETE, información adicional a la publicada en la BASE INTEGRADA DE INFORMACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y SALARIOS EN EL SECTOR PÚBLICO NACIONAL (BIEP), para dar cumplimiento a los artículos 1° y 6° del Decreto N° 721 de fecha 3 de septiembre de 2020.

Art. 2° - La SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS DE DIVERSIDAD del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD tendrá a su cargo recibir la información sobre puestos disponibles que deben remitir, conforme el artículo 6° del Decreto N° 721/20, las áreas de recursos humanos de las entidades y jurisdicciones del Sector Público Nacional, y aquellas que posteriormente adhieran al Decreto N° 721/20.

Art. 3° - La SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS DE DIVERSIDAD del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD solicitará a quienes estén a cargo de las áreas de recursos humanos de las entidades y jurisdicciones del Sector Público Nacional, y

aquellas que posteriormente adhieran al Decreto N° 721/20, informes periódicos sobre el total de puestos cubiertos por personas travestis, transexuales y/o transgéneros, a fin de dar cumplimiento a los artículos 1°, 4° y 6° del Decreto N° 721/20.

Art. 4° - La presente medida no genera erogación presupuestaria adicional alguna.

Art. 5° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 6° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta - Castellani.

RESOLUCIÓN 62 (S.N.N.A. y F.)

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia – Creación del Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes.

Fecha: 25/01/2021

Publicación: B.O. 26/01/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-81605897-APN-DNSP#SENNAF de la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, la Ley N° 23.849, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su Decreto reglamentario N° 415 del 17 de abril de 2006, y;

CONSIDERANDO:

Que por el Expediente citado en el visto tramita la creación del “Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes” impulsado por la DIRECCIÓN NACIONAL DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN de esta SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA dependiente del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN.

Que entre las funciones que tiene la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley N° 26.061, se encuentran las de promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; coordinar acciones consensuadas con los Poderes del Estado, organis-

mos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, fomentando la participación activa de niñas, niños y adolescentes; y fortalecer el reconocimiento en la sociedad de dicho colectivo como sujetos activos de derechos (incisos j, k y p).

Que asimismo, la mencionada ley estipula en su cuerpo normativo, el derecho a la libertad de las niñas, niños y adolescentes que comprende tener sus propias ideas, expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana entre otras (artículo 19); el derecho que tienen de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole (artículo 23); y el derecho de opinar y ser oído, participando y expresando libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (artículo 24), todo ello en consonancia con los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Que en este sentido, la SECRETARÍA NACIONAL está abocada a un proceso de acciones concretas para hacer efectiva la participación de niñas, niños y adolescentes en sus diferentes dimensiones comunitarias, sociales, ciudadana y política, entre otras, atendiendo a la integralidad de las políticas públicas.

Que sin perjuicio de ello, si bien coexisten acciones e iniciativas en los distintos niveles jurisdiccionales tendientes a la promoción, defensa e institucionalización del derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de este derecho fundamental no ha sido coordinado desde un Programa de alcance nacional que unifique los criterios conceptuales y operativos de la participación ciudadana de las infancias y adolescencia.

Que la instauración de la participación ciudadana de niñas, niños y adolescentes como derecho, es considerada por la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA un elemento central para el fortalecimiento del sistema de protección integral y la construcción de ciudadanía en el ejercicio democrático, para alcanzar una sociedad basada en la justicia y la igualdad.

Que, en esta etapa, y en función de la profundización de las políticas instrumentadas desde la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA surge como imperiosa la necesidad de la creación del Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes.

Que el Programa tiene como objetivo principal identificar y sistematizar experiencias existentes en todo el país acerca de programas, acciones y experiencias de Participación Ciudadana de niñas, niños y adolescentes; fortalecer los diversos espacios de participación ciudadana de niñas, niños y adolescentes, las estrategias y experiencias desarrolladas por éstos, a nivel local, comunitario, municipal y provincial de pertenencia; contribuir a la formación, consolidación y sostenimiento de espacios institucionales de participación ciudadana de niñas, niños y adolescentes, bajo las formas que en cada jurisdicción resulten más apropiadas para dar cuenta de una incidencia efectiva en la esfera social y las políticas públicas; y propender, incentivar y acompañar la conformación de un espacio federal de participación ciudadana de niñas, niños y adolescentes, con incidencia directa en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas que les conciernen.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN propicia el dictado de la presente medida.

Que la DIRECCIÓN TÉCNICA ADMINISTRATIVA ha tomado la intervención de su competencia.

Que la DELEGACIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que se actúa en virtud de las facultades otorgadas por La Ley 26.061, el Decreto N° 50 del 19 de diciembre del 2019, y el Decreto N° 69 de fecha 23 de diciembre de 2019.

Por ello:

El Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia resuelve:

Art. 1° - Créase el “Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes”, que como Anexo I (IF-2021-03258128-APN-DNSP#SENNAF) forma parte integrante de la presente medida.

Art. 2° - Establécese que el Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes funcionará en la órbita de la DIRECCIÓN NACIONAL DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN de esta SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA.

Art. 3° - El gasto que demande el mencionado Programa, se imputará al Programa 45 del ejercicio presupuestario correspondiente.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Lerner.

ANEXO

Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes

1. Introducción

La Dirección Nacional de Sistemas de Protección (DNSP) dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación; tiene como una de sus responsabilidades principales “promover la participación ciudadana de las Niñas, Niños y Adolescentes” (Decisión Administrativa 723/2020). En este marco legal, cuenta entre sus líneas estratégicas (a través del Área de Recreación y Participación y los Equipos Técnicos Territoriales), con una larga experiencia en el campo de la promoción de la Participación Ciudadana, dando cumplimiento así a lo estipulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Arts. 12, 13, 14 y 15) y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061, Arts. 19, 23 y 24) en lo que refiere al derecho a la participación.

Si bien en los distintos niveles jurisdiccionales coexisten acciones e iniciativas tendientes a la promoción, defensa e institucionalización del derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes; el ejercicio de este derecho fundamental no ha sido coordinado desde un Programa de alcance nacional que unifique los criterios conceptuales y operativos de la participación ciudadana de las infancias y adolescencias; y que promueva la institucionalización de la misma. Considerando que la responsabilidad primaria de la DNSP es la de “Dirigir los programas de carácter nacional que tengan como finalidad fortalecer a los organismos gubernamentales y no gubernamentales, que integren el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” (Decisión Administrativa 723/2020), proponemos la implementación del presente Programa Nacional, a los fines de promover la participación ciudadana de niñas, niños y adolescentes, en espacios institucionales conformados con y para NNyA, que tengan una comunicación e intervención directa con las instancias de gobierno y puedan tener incidencia en el diseño, la formulación, implementación y evaluación/ponderación de políticas públicas que protegen y garantizan sus derechos en todos los niveles jurisdiccionales.

En este sentido se prevé, mediante la implementación de esta propuesta, el desarrollo de estrategias de acción que propicien y fortalezcan el rol de NNyA en las distintas instancias de toma de decisión a partir de generar, promover e institucionalizar espacios de participación ciudadana en los distintos niveles juris-

diccionales con incidencia en las políticas públicas que los conciernen, y que estos espacios locales, municipales y provinciales puedan a su vez confluir en la institucionalización de una representación federal de NNyA en ámbitos de participación nacionales.

A la fecha, se tiene conocimiento de una extensa trayectoria en la promoción de la participación de NNyA a partir de distintas iniciativas gubernamentales y no gubernamentales que llevan ya varios años. Por eso esta propuesta surge de poner en valor las experiencias locales, recuperando las prácticas y esfuerzos realizados en este sentido por los municipios y provincias, así como de organizaciones sociales y comunitarias, asumiendo una tarea colectiva entre los distintos niveles de gobierno y de ámbitos no gubernamentales. Así, desde una perspectiva federal que conlleva el diseño e implementación de toda Política Pública y desde una perspectiva transversal, integral y con enfoque de género, apuntamos al ejercicio efectivo del Derecho a la Participación Ciudadana de NNyA; siendo este derecho un elemento central para el fortalecimiento del sistema de protección integral y la construcción de ciudadanía en el ejercicio democrático, para alcanzar una sociedad basada en la justicia y la igualdad.

1. Fundamentación

La participación infantil y adolescente es un derecho y uno de los cuatro principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), junto a los de no discriminación; interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. La CDN establece que los Estados deben garantizar que el niño, niña y adolescente (NNyA) estén en condiciones de formarse un juicio propio, así como el derecho a expresar libremente su opinión sobre las situaciones que les afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (Art. 12 de la CDN); gozando además del derecho a la libertad de expresión (Art.13 de la CDN) y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 14 de la CDN). Este derecho de libertad redundante en el reconocimiento de los Estados a “reconocer el derecho del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas” (Art. 15.1 de la CDN). En línea con esta consideración, el artículo 23 de la Ley 26061 reconoce el derecho de los Niños Niñas y Adolescentes a la libre asociación con múltiples propósitos, incluyendo los políticos. Así también, otros artículos de la ley 26061, protegen el derecho a que se escuche y se considere la opinión de los NNyA en las cuestiones que los afectan directamente, particularmente cuando se trate de decisiones tomadas por los jueces o las autoridades administrativas (Art. 19) y a “participar y expresar libre-

mente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés” (Art. 24).

En cumplimiento con lo establecido en la CDN, que goza de rango constitucional para el ordenamiento jurídico argentino (Constitución Nacional, Art. 75.12); y lo de dispuesto en la Ley 26061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”; el Estado tiene el deber de garantizar, mediante la adopción de todas las medidas gubernamentales posibles, las condiciones de ejercicio y disfrute pleno de dichos derechos, de hacer respetar los derechos que involucran a NNyA en cada uno de los organismos públicos; y de protegerlos de la posible vulneración por parte de otras personas jurídicas o humanas. En este sentido, el derecho a la participación de NNyA en el ámbito de la ciudadanía se torna en una de las garantías más firmes para el ejercicio del resto de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, pudiendo así participar del diseño, ejecución y evaluación/ponderación de las políticas públicas que les conciernen.

Como puede observarse del articulado de la consagración normativa señalada, el derecho de participación de NNyA contempla la capacidad de expresarse libremente, el derecho a actuar en algunas circunstancias y a expresar su opinión en todos los asuntos que les conciernen. Y, si consideramos que la ciudadanía, en tanto condición que reconoce a una persona la posibilidad del ejercicio de derechos y obligaciones asociados a ella, puede verse promovida o restringida según su inscripción en un contexto político institucional determinado; podemos inferir que, con la sanción de la ley 26061 se produjo la apertura de un nuevo paradigma para NNyA.

Con la puesta en vigencia de la Ley 26061, se produce en nuestro país un cambio de perspectiva en la consideración de la niñez y la adolescencia, orientando las políticas públicas en el marco de un nuevo paradigma centrado en el enfoque de derechos. Las Niñas, los Niños y los Adolescentes no han de ser considerados como “objetos” de intervención de las políticas públicas diseñadas por “otros”; ni ser concebidos como sujetos pasivos que no tienen nada para contribuir en la definición de sus problemas, necesidades y áreas de interés. Por el contrario, contemplarlos como sujeto de derechos, y en lo que refiere directamente al derecho a la participación, implica concebirlos como protagonistas de sus presentes y artífices de su futuro; en el marco de una sociedad y un Estado que integra y no excluye. Dejar de pensar “por” y “para” las niñas, niños y adolescentes; y comenzar a trabajar “con” y “desde” las infancias y adolescencias, respetando la pluralidad de voces y la diversidad de experiencias en torno a estas etapas de sus vidas. Este paradigma, nos plantea la necesidad

de seguir avanzando y profundizando la inclusión de niños, niñas y adolescentes considerados como sujetos, con la capacidad de construir ciudadanía desde sus prácticas a partir del propio ejercicio de sus derechos, y situados en el marco de su relación con el contexto sociocultural en el que se vinculan con otros sujetos y con el Estado. Esto requiere empezar a transitar y potenciar los cambios culturales necesarios, redefiniendo roles, espacios, prácticas y representaciones en relación con el lugar de niñas, niños y adolescentes en la vida social, cultural y política de nuestros territorios.

El derecho a la participación en general refiere entonces, al “formar parte de...” a “darle contenido a...”, ambas acciones que conllevan el trabajo en asociación con otros y otras, y así intervenir conjuntamente en algo a crear, sostener o modificar. Al respecto, Susana Hintze[1] sostiene que el concepto de participación refiere a la “intervención sistemática y autogestiva de los sujetos en la construcción de propuestas que den lugar al surgimiento de programas sociales, no en el lugar de “destinatarios” de una oferta cerrada, sino como gestores colectivos de una demanda por bienes y servicios en nuevas modalidades de políticas que los incluyan, tanto en el diagnóstico de los problemas a abordar desde las mismas, en la definición de sus objetivos, como en la gestión y la evaluación de sus resultados, a partir de efectivos mecanismos de protección de derechos que contribuyan en ese sentido al bienestar y a la mejora de sus condiciones de vida”. En este sentido, es posible distinguir dos grandes categorías de participación: la participación ciudadana, y la participación comunitaria. Cabe señalar que, esta división teórica deviene como resultado del relevamiento y análisis de experiencias en diferentes provincias y municipios de nuestro país[2], y de objetivos establecidos en otras líneas de acción implementadas desde SENNAF[3]; que, en el contexto de este texto, nos permiten diferenciar el campo de intervención y acciones a desplegar como propuestas que hacen a este Programa Nacional, aun cuando en la práctica no se excluyen tan fácilmente ni deben pensarse de forma opuestas, sino que por el contrario son complementarias y están en permanente diálogo.

- Entendemos por participación comunitaria a toda estrategia, acción, propuesta, programa y política pública, que tenga por objetivo contribuir al bienestar y la mejora de las condiciones de vida física, psicológica, social, familiar, comunitaria, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, tanto de los NNyA como de su comunidad, garantizando integralmente sus derechos. Es decir, aquellas acciones o actividades que vehiculizan necesidades, deseos, proyecciones comunitarias de manera articulada y que tengan a NNyA como protagonistas en todo o

alguna parte del proceso: diagnóstico, diseño, planificación, gestión, monitoreo.

- A su vez, entendemos por participación ciudadana a toda estrategia, acción, propuesta, programa y política pública, que tenga por objetivo la representación, deliberación y elaboración de propuestas institucionalizadas para el ejercicio de prácticas de ciudadanía de NNyA en relación con su contexto sociocultural, implicándolos activamente en la esfera pública, promoviendo la construcción de ciudadanía a partir del ejercicio de sus derechos y la participación en los procesos de toma de decisiones. Esta forma de participación supone la incidencia directa de la participación de NNyA en las etapas de diseño, formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas.

El cambio inaugurado desde 2015 con la sanción de la ley 26061, produjo la adecuación de las normativas, instrumentos y prácticas en relación con el abordaje de la niñez y la adolescencia como sujeto de derecho, que debía impactar en las distintas jurisdicciones del Estado como en las organizaciones de la sociedad civil. Específicamente, en lo que refiere al derecho a la participación ciudadana de NNyA cabe considerar las leyes 26774 y 26877.

En el año 2012 se sancionó la “Ley de Ciudadanía Argentina” (Ley 26774) que extendió el derecho a votar en elecciones nacionales a los adolescentes de entre 16 y 18 años. En su artículo 1° consigna que todos los argentinos que hayan cumplido 16 años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República y en el artículo 3 establece que, son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho (18) años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley. Con esta ley, de reconocimiento internacional y calificada como “una innovación con pocos precedentes institucionales”[4] el derecho a la participación ciudadana en relación con los derechos políticos que conlleva el ejercicio de la ciudadanía, se ajustó al paradigma de las adolescencias, como sujetos plenos de derechos.

Por su parte, en el año 2013, la Ley 26877 de “Representación Estudiantil. Creación y funcionamiento de los Centros de Estudiantes” reglamenta y reconoce a los centros de estudiantes como órganos democráticos de representación estudiantil, instando a las autoridades jurisdiccionales y las instituciones educativas públicas de nivel secundario, los institutos de educación superior e instituciones de modalidad de adultos incluyendo formación profesional de gestión estatal y privada, gestión cooperativa y gestión social, a reconocer los centros de estudiantes como tales

(Art 1), a promover la participación y garantizar las condiciones institucionales para el funcionamiento de los centros de estudiantes (art 3); y por su parte, en el artículo 9 de la ley, aclara que “Los centros de estudiantes reconocidos pueden nuclearse en federaciones jurisdiccionales, regionales y nacionales”. Con esta norma se reconoce no sólo el derecho actual de las y los adolescentes a participar de la vida estudiantil, sino también se rinde honor a la vasta experiencia estudiantil en asuntos de participación ciudadana que la historia de nuestro país encierra: “El activismo estudiantil es una forma de participación juvenil que tiene una larga tradición en la Argentina. Se remonta al activismo universitario que inspiró el movimiento reformista en la década de 1910 y tiene capítulos relevantes en las organizaciones promovidas por el primer peronismo, la intensa actividad estudiantil juvenil de la segunda mitad de los 60 y los primeros 70, la movilización que acompañó la recuperación democrática desde principios de los 80, la resistencia a algunas políticas educativas de los 90 y la participación activa en discusiones sobre políticas educativas y de derechos humanos en años más recientes”[5]

El Estado actual reconoce, promueve y defiende el ejercicio de los derechos y obligaciones de todos y todas sus ciudadanos/as, con el fin de contribuir a la integración social, a la igualdad y la justicia de nuestra sociedad. Por ello, y en virtud del camino transitado hasta hoy, y siendo responsable directa de la Dirección Nacional de Sistemas de Protección (SENNAF-MDS) la “promoción de la participación ciudadana de las niñas, niños y adolescentes” (Decisión Administrativa 723/2020) se impone como necesario profundizar en la institucionalización de los espacios de participación y organización, aportando al fortalecimiento y formalización de las experiencias concretas existentes en ciertos municipios y localidades del país; y promoviendo y acompañando en la institucionalización en aquellos lugares donde aún no existen.

Por todo lo antedicho, desde la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia proponemos la implementación del “Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes” con el objetivo de garantizar este derecho para todos/as las/los NNyA a partir de la creación y fortalecimiento de espacios locales, municipales y/o provinciales de participación de niñas, niños y adolescentes, así como la institucionalización de representaciones en las mesas de gestión local y todo otro espacio de articulación donde se aborden temas de su incumbencia, a fin de confluir en la institucionalización de un espacio federal de participación de NNyA.

1. Antecedentes institucionales

Es responsabilidad de los Estados en sus distintos niveles jurisdiccionales promover y garantizar el Derecho a la Participación en las diferentes comunidades, haciendo foco en el fortalecimiento del rol de las familias en la efectivización de los derechos de niñas, niños y adolescentes, facilitando la participación de todos los actores sociales y, teniendo como fin último e impostergable la protección integral de derechos en la niñez.

Por este motivo, desde la SENNAF, se han propiciado acciones concretas para hacer efectiva la participación adolescente en sus diferentes dimensiones (comunitarias, sociales, ciudadana y política, por mencionar algunas), atendiendo a la integralidad de las políticas públicas. La Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia cuenta con una vasta trayectoria en iniciativas enmarcadas en los procesos de participación de niñas, niños y adolescentes. Particularmente, en lo que respecta a la participación de las adolescencias, cabe señalar las siguientes experiencias:

- Programa Nacional Nuestro Lugar (Res 2498/09). Este Programa implementado hasta el año 2016, tenía como objetivo promover la inclusión y participación de las y los adolescentes cuyas edades oscilaran entre los 14 y 18 años de edad; a través de la creación, diseño y ejecución de proyectos de su interés.

- Programa de Protagonismo Adolescentes - Centro de Adolescentes (CEAs) (Res 2294/16). Bajo la órbita de la Dirección Nacional de Promoción y destinado a las y los adolescentes entre 13 y 18 años de edad se promueve la participación comunitaria de esta población en espacios institucionales para el desarrollo de proyectos culturales, artísticos y recreativos, acompañados en su implementación con referentes adultos de las localidades

- Ejecución de Proyectos Sociocomunitarios. A través de la asistencia técnica para la formulación de proyectos y mediante su financiación, desde el año 2011, la SENNAF acompaña el fortalecimiento de las organizaciones sociales en general, priorizando el trabajo con y desde las y los adolescentes.

Cabe señalar que, las experiencias enumeradas anteriormente, se centran sobre todo en lo que hemos denominado como participación comunitaria.

Por otra parte, a través del Área de “Participación Ciudadana” y los “equipos territoriales” que forman parte de la Dirección Nacional de Sistemas de Protección, y en lo que atañe a la participación ciudadana, en los términos de la definición elaborada; se vienen desarrollando desde hace varios años diversas experiencias a nivel nacional, tendientes a la generación de espacios de participación, intercambio intergene-

racional y actividades para la promoción, protección y difusión de derechos de niños y niñas; con énfasis en aquellas experiencias que involucran directamente a las y los adolescentes. A modo ilustrativo se mencionan:

- Foros de carácter regionales y nacional. A partir del año 2013, se han impulsado foros regionales y nacionales con el objetivo de promover la participación de los y las adolescentes, y fortalecer a las organizaciones de la sociedad civil.

- Talleres de Participación Ciudadana. A través del Área de Participación Ciudadana y los equipos territoriales, se vienen desarrollando desde hace varios años diversas experiencias, talleres y actividades a nivel nacional, promoviendo la participación, el debate y la difusión de derechos de niños, niñas y especialmente de las y los adolescentes.

Por su parte, en el ámbito de los distintos niveles jurisdiccionales, a partir del relevamiento de experiencias de participación ciudadana llevado adelante por la Dirección Nacional de Sistemas de Protección (producto de la articulación que se mantiene con las áreas de gobierno locales y con organizaciones no gubernamentales), se observa que, no ha sido institucionalizado este tipo de participación de forma plena como derecho para todos los NNyA, siendo además muy dispares las iniciativas en las distintas provincias y municipios. Si bien, del diagnóstico realizado se han relevado esfuerzos, trayectorias y experiencia en cada una de las provincias, tendientes a garantizar y efectivizar el derecho a la participación; se precisa avanzar en el camino y profundización de una “participación activa”. Esto es, tomar distancia de la mera “convocatoria” de NNyA para que emitan su opinión o de su “participación” en actividades diseñadas “para ellos” que oscurecen su rol de sujetos activos; y tomar contacto más estrecho con el reconocimiento del derecho a la participación como una de las garantías más firmes para el ejercicio del resto de los derechos que tienen los NNyA, en tanto ciudadanos/as. La participación en asociaciones y organizaciones es, para las infancias y adolescencias, del mismo modo que para los adultos, el vehículo más adecuado para insertarse plenamente e incidir en la orientación de la vida en común. Por ello, la discusión y el debate, la capacitación y profundización conceptual se presentan como un imperativo para los adultos responsables de las políticas de NNyA, en pos de unificar criterios, expandir horizontes de posibilidades, aprender de los errores y valorizar los aciertos, para poder garantizar, de manera novedosa y genuina, la participación adolescente.

Han pasado 15 años desde la sanción de la ley, se ha recorrido mucho camino y acumulado una vasta

experiencia, con logros y fracasos. Resulta indispensable entonces, replantear el concepto de participación, para poder profundizar su ejercicio y garantía. Diseñar, gestionar y ejecutar políticas públicas bajo una nueva mirada, que incorpore densidad y profundidad, que recoja las experiencias y trayectorias, y propicie formas novedosas de participación requiere claridad, unidad y perspectiva conceptual por parte de todos los actores involucrados para aceptar este desafío.

1. Objetivos

1. Identificar y sistematizar experiencias existentes en todo el país acerca de programas, acciones y experiencias de Participación Ciudadana de NNyA.

2. Fortalecer los diversos espacios de participación ciudadana de NNyA, las estrategias y experiencias desarrolladas por éstos, a nivel local, comunitario, municipal y provincial de pertenencia.

3. Contribuir a la formación, consolidación y sostenimiento de espacios institucionales de participación ciudadana de NNyA, bajo las formas que en cada jurisdicción resulten más apropiadas para dar cuenta de una incidencia efectiva en la esfera social y las políticas públicas.

4. Propender, incentivar y acompañar la conformación de un espacio federal de participación ciudadana de NNyA, con incidencia directa en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas que les conciernen.

1. Líneas estratégicas para la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia

LE1: Enfoque en población Adultos que tengan a su cargo el trabajo con y desde NNyA (Articulación intersectorial)

Las acciones del Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana Adolescente se enfocan en la población específica (Adolescentes entre 13 y 18 años) como destinatarios indirectos, ya que se trabajará fundamentalmente con adultos actores del Sistema de Protección Integral de Derechos, reconociendo el trabajo desarrollado en este sentido por órganos y áreas del Estado, así como también por parte de organizaciones de la sociedad civil interesadas en la promoción y protección de derechos de NNyA, por lo cual se plantea un trabajo que convoque de manera virtuosa la experiencia y trayectoria de estos actores para garantizar este derecho.

LE 2: Perspectiva federal (articulación territorial)

Por el despliegue de acciones que la SENNAF desarrolla históricamente en todo el país (contando incluso con equipos propios en todas las provincias) podemos afirmar que existen muchas iniciativas dispersas que apuntan a garantizar el derecho a la participación ciudadana de NNyA tanto a nivel provincial como municipal. No obstante, esas iniciativas no se organizan desde una planificación general, y prácticamente no existen herramientas que las institucionalicen a través de normativas específicas. El Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes propone realizar una estrategia de trabajo conjunto con gobiernos provinciales y locales, sumando como aliadas fundamentales a las organizaciones de la sociedad civil con experiencia en la temática, tendiente a sensibilizar respecto del ejercicio efectivo de este derecho, al mismo tiempo que buscará fortalecer las capacidades locales, generando la institucionalidad necesaria para instalar la participación ciudadana adolescente como derecho pleno.

LE 3: Fortalecimiento institucional

Esta línea estratégica (LE 3) se desarrollará a partir de cuatro acciones que se darán de manera conjunta:

1. Sensibilización y acuerdos institucionales: se establecerán acuerdos con los gobiernos provinciales y locales a fin de construir co-responsabilidades en el desarrollo del Programa Nacional y las herramientas institucionales en otras jurisdicciones.

Representación de NNyA en la elaboración de una campaña de sensibilización a través de piezas comunicacionales (afiches, trípticos, videos, etc) elaborados con y desde la participación activa de NNyA, a los fines de divulgar sus derechos y sensibilizar a la comunidad fundamentalmente respecto al derecho a la participación ciudadana

Se realizarán reuniones con referentes locales con la participación de NNyA para la modelización de los espacios deliberativos en sus comunidades, además de proponer y debatir de qué manera se organizarán y funcionarán los mismos

1. Se identificarán (en conjunto con los gobiernos jurisdiccionales) agentes y promotores en cada territorio, que puedan representar las acciones del Programa Nacional a nivel provincial o municipal, que resultarán garantes locales de la sustentabilidad en el tiempo de las acciones y capacidades instaladas. Estos agentes formarán parte de una capacitación brindada por los equipos especializados de la Dirección Nacional de Sistemas de Protección de la SENNAF en el marco del Programa Nacional, en temas relacionados a la participación como derecho para

NNyA y como herramienta de construcción de ciudadanía.

2. Se acompañará al gobierno local en la identificación de los recursos necesarios y existentes que dispone o bien requiere para desarrollar un Programa Jurisdiccional de Derecho a la Participación, promoviendo que se enmarquen y reconozcan en una normativa pertinente.

3. Se fortalecerá al sistema de protección integral en materia del derecho a la participación ciudadana a través de asistencia y acompañamiento técnico (acciones de capacitación, formación e intercambio) y/o acompañamiento financiero a las provincias y municipios para la implementación de acciones y dispositivos que garanticen el derecho a la participación.

En relación a las Etapas y Acciones previstas en el marco del Programa, se plantean tres etapas generales: una etapa preliminar de sensibilización en el marco del ASPO por COVID 19; una Etapa Piloto de implementación y una Etapa de Implementación nacional gradual, manteniendo una representación federal. Estas etapas se estructurarán en función de las tres Líneas Estratégicas (LE) desarrolladas anteriormente.

1. Planificación Operativa

Con el objetivo de promover y garantizar la participación activa y plena de los actores sociales del territorio, y de NNyA en particular, se propone la articulación de los Consejos Locales y los Consejos de NNyA, en un ámbito de representatividad conjunta entre Adultos e infancias y adolescencias a fin de instalar en la agenda pública local las políticas y gestiones a llevar adelante, en forma conjunta con los órganos de aplicación locales como así también con las áreas gubernamentales territoriales. Es la meta lograr que los y las NNyA sean partícipes de todos los espacios en los que se definan, elaboren y/o gestionen asuntos y situaciones que les conciernen y en aquellos que tengan interés, como en el diseño, ejecución y evaluación/ponderación de las políticas públicas que les atañen.

1. Etapa de Sensibilización

Desde el lanzamiento del Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes (previsto para el mes de septiembre al cumplirse 15 años de la sanción de la ley 26061), se desarrollarán y distribuirán concomitantemente piezas de difusión y sensibilización respecto a las características del presente Programa; así como también se revalorizarán las guías y recursos desarrollados por la SENNAF en

la materia. Dada la situación impuesta por la pandemia COVID-19 y el consecuente aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), el derecho a la Participación cobra una dimensión nueva, de gran relevancia como herramienta de convivencia colectiva y comunitaria, y de garantía de la integralidad de derechos de NNyA.

1. Implementación de Prueba Piloto:

Llegados al momento de desarrollar la Prueba Piloto, se seleccionarán 14 municipios en distintas provincias (dos por región en la que se divide el trabajo del área federal de la DNSP-SENNAF).

En esos municipios se desarrollará una implementación piloto del Programa de manera directa por parte de los equipos especializados de la DNSP-SENNAF en todas sus acciones, a fin de sistematizar logros y dificultades, ajustando la planificación operativa para la implementación nacional gradual. Asimismo, se capacitará a agentes del sistema de protección local como multiplicadores para la implementación de las etapas de implementación

1. Etapa de Implementación nacional gradual:

La intervención directa del Programa Nacional a través de la DNSP-SENNAF se estima con una duración de 3 (tres) meses, plazo que será ajustado a partir de la implementación en la Etapa Piloto. Se acordará con los gobiernos provinciales una distribución de intervención gradual del Programa, que sume progresivamente municipios (contemplando como agentes multiplicadores también a los formados durante la etapa piloto) a fin de avanzar por provincias hasta abarcar la totalidad de municipios del país.

La primera etapa de implementación gradual será de intervención directa de los equipos DNSP-SENNAF, ampliando las acciones del Programa Nacional a 2 (dos) municipios por provincia (50 en total, contando 8 para la Provincia de Buenos Aires). La siguiente etapa será de acompañamiento más distanciado y privilegiando la multiplicación territorial por medio de las capacidades provinciales instaladas.

Se estima una proyección plurianual 2021-2023 para alcanzar la cobertura total, dado que la intervención directa de la DNSP-SENNAF se irá espaciando a medida que las provincias logren instrumentos normativos y equipos capacitados para profundizar con el despliegue del Programas Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes.

AÑO	ETAPA	CANTIDAD DE MUNICIPIOS	EQUIPOS INVOLUCRADOS
PRESENTACIÓN NACIONAL DEL PROGRAMA. ACTO DE LANZAMIENTO			
"A 15 años de la sanción de la ley 26061"			
2021	Sensibilización (En el marco del COVID-19)	Todos (Nivel nacional)	Todas las áreas de la SENNAF
2021	Piloto	14 (catorce, uno por región DNSP)	DNSP- SENNAF
2022	Implementación gradual 1	50 (cincuenta, 8 por la provincia de Buenos Aires y 2 por cada una de las restantes provincias)	DNSP-SENNAF + Agentes capacitados en Etapa Piloto
2022	Implementación gradual 2	250 (distribuidos con representación federal)	DNSP-SENNAF + Agentes Etapa Piloto + Agentes Etapa Implementación I (provincias)
2023	Implementación gradual 3	Total de municipios	Agentes de etapas anteriores (con apoyo DNSPSENNAF)

1. Recursos y Financiamiento

Recursos Humanos: El programa contará con un equipo multidisciplinario, el cual desarrollará las siguientes dimensiones de la tarea, de acuerdo con los objetivos planteados.

- Personal directo del Programa de Participación Ciudadana y equipos territoriales, pertenecientes a la Dirección Nacional de Sistemas de Protección de la SENNAF.

- Dos (2) coordinadores para este programa

- Personal de la DNSP: todo el equipo de la Dirección se vinculará con acciones del Programa, a través de las distintas etapas.

- Para la implementación del Programa Nacional del Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes, se incrementará la disponibilidad de recursos para la adquisición de Equipamiento, Material Comunicacional (Afiches, cartillas, folletos, volantes etc.), Insumos (artículos de librería, refrigerio, juguetes, etc.), Viáticos:

- Asimismo, en las etapas Piloto e implementación gradual se realizarán convenios de Asistencia Técnica o financiera con las Provincias y Municipios con financiamiento de Fondos Federales

Fuentes de Financiamiento. Fuente principal de financiamiento para la adquisición, diseño e impresión de materiales y toda previsión para gastos, se llevará a cabo con fondos del Programa 45 de la Dirección Nacional de Sistemas de Protección de la SENNAF-MDS.

1. Articulaciones previstas

El Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes se encuentra inserto en la Dirección Nacional de Sistemas de Protección, y prevé las articulaciones ya establecidas por las acciones y estrategias antecedentes, relevadas o reconocidas a nivel local y provincial.

- INTERJURISDICCIONALES: el Programa requerirá articular con gobiernos provinciales y municipales y organizaciones de la sociedad civil a fin de desarrollar las etapas de implementación

- UNIVERSIDADES E INSTITUCIONES ACADÉMICAS: Para la realización conjunta de capacitaciones, jornadas, investigaciones y publicaciones acerca de la Participación Ciudadana de NNyA

POBLACION SUJETO: Niñas, Niños y Adolescentes con participación y representación activa en la construcción de campaña de sensibilización a través de

piezas comunicacionales (afiches, trípticos, videos, etc) elaborados con y desde la participación activa de NNyA, y en las instancias operativas de diseño, creación y fortalecimiento de los espacios locales (provinciales/municipales) de participación ciudadana.

Adultos que trabajen con y desde NNyA de los municipios y provincias y actores del sistema de protección integral que llevan adelante acciones, programas y proyectos que garantizan el derecho a la participación

- ALCANCE TERRITORIAL: Por tratarse de un programa diseñado y ejecutado desde un organismo público nacional, su alcance también es de carácter nacional

Notas:

[1] Hintze, S (2001). "Reflexiones sobre el conflicto y la participación en la evaluación de políticas sociales" en Revista Reforma y Democracia N° 21 de CLAD (Caracas) y presentado como ponencia en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, noviembre de 2001

[2] Dicho relevamiento se implementó a través de los equipos técnicos territoriales de la Dirección Nacional de Sistemas de Protección, durante los meses de marzo y la primera semana de abril del 2020, en el marco de la implementación de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) a causa de la pandemia por Covid-19.

[3] En particular desde la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral dependiente de la Subsecretaría de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia, desde el año 2016 se viene implementando el Programa Centro de Adolescentes -CEA- (Res 2294/2016) el que está dirigido a la promoción y ejercicio de la participación comunitaria de Adolescentes de 13 a 18 años de edad.

[4] UNICEF (2016) Estado se Situación de la Niñez y Adolescencia en la Argentina

[5] UNICEF (2016) Estado se Situación de la Niñez y Adolescencia en la Argentina

RESOLUCIÓN 60 (M. M. G. D.)

Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG) – Aprobación del modelo de "Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información".

Fecha: 25/02/2021

Publicación: B.O. 01/03/2021

VISTO:

El EX-2021-15719455- -APN-CGD#MMGYD, la Ley de Ministerio N° 22.520 (t.o. 1992), el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 del 10 de diciembre de 2019, el Decreto N° 123 del 22 de febrero de 2021, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Resolución N° 48/2021 (RESOL-2021-48-APN-MMGYD) se creó el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) en la órbita de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN de la UNIDAD DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que el objetivo del SISTEMA INTEGRADO es sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño de políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de estas violencias a nivel nacional.

Que el SISTEMA INTEGRADO es una herramienta para mejorar la respuesta del Estado y la efectividad de las políticas públicas frente a las violencias por motivos de género, en tanto posibilita conocer en profundidad las características de las violencias y determinar el nivel de riesgo a la vida o la integridad física o psicológica en función de los contextos en los cuales resulta más probable que la violencia se incremente.

Que, en ese sentido, se trata de un sistema de gestión flexible que consiste en un padrón integrado de consultas y casos que se identifican a través de tipo y número de documento que individualiza a la persona.

Que, a través de la reunión de información según una serie de dimensiones comunes que permiten caracterizar la violencia y son determinantes del nivel de riesgo es que se logra integrar la información proveniente de fuentes dispersas y diversas. Asimismo, esto posibilita el cálculo automático, a partir de ciertas variables, del predictor de riesgo.

Que se trata de un sistema dinámico en permanente construcción y actualización en función de lo que requieran los organismos aportantes, las actua-

lizaciones normativas y/o la necesidad de nutrir el diseño, implementación y monitoreo de una política pública en particular.

Que el SISTEMA INTEGRADO responde al mandato de la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26.485 que establece la obligación de “diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional (...)” (cfr. artículo 9, inciso k).

Que, asimismo, el SISTEMA INTEGRADO es parte de las acciones establecidas en el PLAN NACIONAL DE ACCIÓN CONTRA LAS VIOLENCIAS POR MOTIVOS DE GÉNERO 2020-2022 formulado como una estrategia integral para la prevención, asistencia, protección y fortalecimiento del acceso a la justicia de mujeres y LGTBI y con el propósito de modificar las condiciones estructurales de desigualdad que afectan a las personas en situaciones de violencia por motivos de género.

Que para que el SISTEMA INTEGRADO cumpla con las funciones referidas es necesario que los organismos de todo el país con competencia en la temática, las jurisdicciones provinciales, municipales y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, formen parte del SISTEMA a través de la suscripción de convenios y actas específicas.

Que, por su parte a través del Decreto N° 123/2021 (DCTO-2021-123-APN-PTE) se creó el CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS en el ámbito del PROGRAMA INTERMINISTERIAL DE ABORDAJE INTEGRAL DE LAS VIOLENCIAS EXTREMAS POR MOTIVOS DE GÉNERO, creado por la Resolución Conjunta de los MINISTERIO DE SEGURIDAD, de JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS de MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 3/2020 (RESFC-2020-3-APN-MMGYD).

Que en el artículo 8 del mencionado Decreto se invita a la adhesión al SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO.

Que, a los fines de agilizar la incorporación al SISTEMA INTEGRADO, de las jurisdicciones provinciales, municipales y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, así como también, de los organismos de la Administración Pública Nacional, resulta necesario aprobar un modelo de Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de

Gestión de la Información para cada caso en cuestión.

Que la presente medida no implica erogación presupuestaria.

Que la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES Y CONTENCIOSOS de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que el presente se dicta en uso de las facultades previstas en el artículo 4, inciso b), punto 6 de la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992), sus modificatorias y complementarias.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelve:

Art. 1° - Apruébase el modelo de "Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información" para la adhesión al SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) de las jurisdicciones provinciales y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES que, como Anexo I registrado bajo el número de IF-2021-15837681-APN-UGA#MMGYD, forma parte integrante de la presente medida.

Art. 2° - Apruébase el modelo de "Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información" para la adhesión al SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) de las jurisdicciones municipales que, como Anexo II registrado bajo el número de IF-2021-15826757-APN-UGA#MMGYD, forma parte integrante de la presente medida.

Art. 3° - Apruébase el modelo de "Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información" para la adhesión al SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) de los organismos de la Administración Pública Nacional que, como Anexo III registrado bajo el número de IF-2021-15843050-APN-UGA#MMGYD, forma parte integrante de la presente medida.

Art. 4° - La presente medida no implica erogación presupuestaria.

Art. 5° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 6° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta.

ANEXO I

ACTA COMPLEMENTARIA N° AL CONVENIO MARCO DE ASISTENCIA Y COOPERACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD Y LA PROVINCIA DE

Entre el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, en adelante el "MMGyD", representado en este acto por su titular, abogada Elizabeth Victoria GÓMEZ ALCORTA (DNI N° 22.845.098), con domicilio en la Avenida Paseo Colón N° 275, 5° piso de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, por una parte, y la PROVINCIA DE , en adelante el "LA PROVINCIA", representada en este acto por su Gobernador/a, (DNI N°), con domicilio en de la CIUDAD DE , Provincia de ; y conjuntamente denominadas "LAS PARTES", acuerdan firmar la presente Acta Complementaria al Convenio Marco celebrado entre LAS PARTES, y expresan:

I.- Que por Resolución MMGyD N° 48/2021 se creó el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) en la órbita de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN de la UNIDAD DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de la violencia a nivel nacional.

II.- Que, en ese sentido, son objetivos generales del SICVG:

A) Constituir una herramienta de sistematización de la información sobre sobre casos, consultas y/o denuncias de violencia por motivos de género, desde el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD (MMGyD), y brindar datos relevantes para el diseño y monitoreo de políticas públicas vinculadas a la materia.

B) Constituir una herramienta de articulación y consulta para los gobiernos provinciales, de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y municipales, y/o organismos de la Administración Pública Nacional que suscriban actas acuerdo en el marco de la presente medida.

C) Generar un padrón integrado de consultas y casos identificados por el tipo y número de documento cuando corresponda, evitando la duplicación

de datos en el mediano plazo y permitiendo hacer el seguimiento correspondiente.

III.- Que, en virtud de lo expuesto, LAS PARTES manifiestan su voluntad de celebrar la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información, la que se regirá por las Cláusulas que a continuación se enuncian:

PRIMERA. OBJETO:

El objeto del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información, es acordar entre LAS PARTES el intercambio de información estadística y/o registros, ya sea a través de sistemas de ingesta, transferencia o uso de sistemas de información en común, en materia de género, igualdad y diversidad, y en particular en relación a los casos, consultas, denuncias y otros datos de interés vinculados a las violencias por motivos de género, en el marco del SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

A dichos efectos, LAS PARTES se comprometen a adoptar las medidas y acciones técnicas necesarias para hacer efectivo dicho intercambio. |

Esto incluye adoptar medidas de coordinación y acción en común en materia de gestión de la información, estadísticas e indicadores, tanto cualitativos como cuantitativos.

SEGUNDA. ACCIONES CONJUNTAS:

Asimismo, LAS PARTES de común acuerdo, podrán:

1.- Desarrollar cursos, talleres, jornadas de capacitación, seminarios en los temas de interés de alguna de LAS PARTES, vinculados a la gestión de información, estadísticas, estudios y diagnósticos.

2.- Realizar estudios y proyectos de investigación en conjunto.

TERCERA. FINANCIAMIENTO:

LAS PARTES acuerdan que las actividades de colaboración recíproca a realizar en el marco del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información no implicarán erogación presupuestaria.

Cualquier gasto que sea indispensable realizar será dispuesto conforme la normativa administrativa y financiera de los organismos, y acordada en actas complementarias, protocolos adicionales, adendas a la presente Acta y/o convenios específicos. LAS

PARTES podrán suscribir ANEXOS o adendas al Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información a los fines de establecer cualquier cuestión procedimental que se considere necesaria para el desarrollo y ejecución de la misma.

CUARTA. MODELO DE GESTIÓN:

Para el cumplimiento de los objetivos plasmados en la Cláusula Primera, ambos organismos acuerdan el aporte de sus recursos técnicos, humanos y de infraestructura.

LAS PARTES convienen que todo personal afectado por los organismos a las actividades motivo de la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información, continuarán sujetos a las normas vigentes de sus respectivos organismos, a la relación laboral y de jerarquía con los mismos y muy especialmente a las normas referidas a la confidencialidad de la información.

QUINTA. SECRETO ESTADÍSTICO:

LAS PARTES deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre “secreto estadístico” y la confidencialidad de la información de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 17.622, su Decreto Reglamentario N° 3.110 del 30 de diciembre de 1970 y demás normas modificatorias y complementarias. Esta obligación se hará extensiva a todas las partes que participen, colaboren o ejecuten total o parcialmente actividades previstas en el Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información o las que le sucedan, cualquiera sea su grado de intervención por la función desempeñada, y asimismo a la información protegida y producida en el marco de la acción conjunta entre las partes.

SEXTA. DATOS PERSONALES:

LAS PARTES deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre “protección de datos personales” y la confidencialidad y seguridad de la información que se brinden mutuamente, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 25.326, y demás normas complementarias.

SÉPTIMA. DERECHOS DE PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN:

LAS PARTES convienen expresamente que EL MMGYD podrá utilizar los resultados obtenidos de las actividades o gestiones realizadas al amparo de la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información en el cumplimiento de sus objetivos y/o funciones, así como también, para generar material de gestión, pro-

moción y divulgación por parte del MMGyD, según sea el caso.

El MMGYD podrá utilizar y gestionar los datos obtenidos a través de la carga y/o ingesta en el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO, para sus diagnósticos o necesidades de información, y a los fines de la producción del diagnóstico nacional en materia de violencias por motivos de género.

OCTAVA. VIGENCIA:

La presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información comenzará a regir a partir de su suscripción y tendrá una vigencia de DOS (2) años, renovándose en forma automática por iguales períodos sucesivos, en los mismos términos y condiciones que las aquí convenidas, salvo que alguna de LAS PARTES proceda a denunciar el mismo mediante notificación fehaciente a la otra Parte con un mínimo de SESENTA (60) días de anticipación.

NOVENA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS – JURISDICCIÓN:

En caso de suscitarse controversias con relación a cualquiera de los efectos de esta Acta Complementaria, LAS PARTES procurarán resolverlas amigablemente, en atención al carácter de cooperación del mismo. En el caso de resultar ello imposible, LAS PARTES convienen someterse a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A todos los efectos legales, las partes constituyen domicilio en los lugares arriba indicados, donde se considerarán válidas todas las notificaciones y emplazamientos que se efectúen.

En prueba de conformidad se firman DOS (2) ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto, en la CIUDAD DE Y en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, a los días del mes de de 2021.

ANEXO II

ACTA COMPLEMENTARIA N° AL CONVENIO MARCO DE ASISTENCIA Y COOPERACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD Y EL MUNICIPIO DE

Entre el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, en adelante el “MMGyD”, representado en este acto por su titular, abogada Elizabeth Victoria GÓMEZ ALCORTA (DNI N° 22.845.098), con domicilio en la Avenida Paseo Colón 275, 5° piso de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, por una parte, y la EL MUNICIPIO DE en adelante el “MUNICIPIO”, representado en este acto por su Intendente/a

, , con domicilio en , de la Ciudad de , Provincia de , por la otra; y conjuntamente denominadas “LAS PARTES”; acuerdan firmar la presente Acta Complementaria al Convenio Marco celebrado entre LAS PARTES, y expresan:

I.- Que por Resolución MMGyD N° 48/2021 se creó el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) en la órbita de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN de la UNIDAD DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de la violencia a nivel nacional.

II.- Que, en ese sentido, son objetivos generales del SICVG:

A) Constituir una herramienta de sistematización de la información sobre sobre casos, consultas y/o denuncias de violencia por motivos de género, desde el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD (MMGyD), y brindar datos relevantes para el diseño y monitoreo de políticas públicas vinculadas a la materia.

B) Constituir una herramienta de articulación y consulta para los gobiernos provinciales, de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y municipales, y/o organismos de la Administración Pública Nacional que suscriban actas acuerdo en el marco de la presente medida.

C) Generar un padrón integrado de consultas y casos identificados por el tipo y número de documento cuando corresponda, evitando la duplicación de datos en el mediano plazo y permitiendo hacer el seguimiento correspondiente.

III.- Que, en virtud de lo expuesto, LAS PARTES manifiestan su voluntad de celebrar la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información, la que se registrá por las Cláusulas que a continuación se enuncian:

PRIMERA. OBJETO

El objeto del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información, es acordar entre LAS PARTES el intercambio de información estadística y/o registros, ya sea a través de sistemas de ingesta, transferencia o uso de sistemas de información en común, en materia de género,

igualdad y diversidad, y en particular en relación a los casos, consultas, denuncias y otros datos de interés vinculados a las violencias por motivos de género, en el marco del SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

A dichos efectos, LAS PARTES se comprometen a adoptar las medidas y acciones técnicas necesarias para hacer efectivo dicho intercambio.

Esto incluye adoptar medidas de coordinación y acción en común en materia de gestión de la información, estadísticas e indicadores, tanto cualitativos como cuantitativos.

SEGUNDA. ACCIONES CONJUNTAS:

Asimismo, LAS PARTES de común acuerdo, podrán:

1.- Desarrollar cursos, talleres, jornadas de capacitación, seminarios en los temas de interés de alguna de LAS PARTES, vinculados a la gestión de información, estadísticas, estudios y diagnósticos.

2.- Realizar estudios y proyectos de investigación en conjunto.

TERCERA. FINANCIAMIENTO:

LAS PARTES acuerdan que las actividades de colaboración recíproca a realizar en el marco del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información no implicarán erogación presupuestaria.

Cualquier gasto que sea indispensable realizar será dispuesto conforme la normativa administrativa y financiera de los organismos, y acordada en actas complementarias, protocolos adicionales, adendas a la presente Acta y/o convenios específicos.

LAS PARTES podrán suscribir ANEXOS o adendas al Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información a los fines de establecer cualquier cuestión procedimental que se considere necesaria para el desarrollo y ejecución de la misma.

CUARTA. MODELO DE GESTIÓN:

Para el cumplimiento de los objetivos plasmados en la Cláusula Primera, ambos organismos acuerdan el aporte de sus recursos técnicos, humanos y de infraestructura.

LAS PARTES convienen que todo personal afectado por los organismos a las actividades motivo de la pre-

sente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información, continuarán sujetos a las normas vigentes de sus respectivos organismos, a la relación laboral y de jerarquía con los mismos y muy especialmente a las normas referidas a la confidencialidad de la información.

QUINTA. SECRETO ESTADÍSTICO:

LAS PARTES deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre "secreto estadístico" y la confidencialidad de la información de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 17.622, su Decreto Reglamentario N° 3.110 del 30 de diciembre de 1970 y demás normas modificatorias y complementarias. Esta obligación se hará extensiva a todas las partes que participen, colaboren o ejecuten total o parcialmente actividades previstas en el Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información o las que le sucedan, cualquiera sea su grado de intervención por la función desempeñada, y asimismo a la información protegida y producida en el marco de la acción conjunta entre las partes.

SEXTA. DATOS PERSONALES:

LAS PARTES deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre "protección de datos personales" y la confidencialidad y seguridad de la información que se brinden mutuamente, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 25.326, y demás normas complementarias.

SÉPTIMA. DERECHOS DE PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN:

LAS PARTES convienen expresamente que EL MMGYD podrá utilizar los resultados obtenidos de las actividades o gestiones realizadas al amparo de la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información en el cumplimiento de sus objetivos y/o funciones, así como también, para generar material de gestión, promoción y divulgación por parte del MMGYD, según sea el caso.

El MMGYD podrá utilizar y gestionar los datos obtenidos a través de la carga y/o ingesta en el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO, para sus diagnósticos o necesidades de información, y a los fines de la producción del diagnóstico nacional en materia de violencias por motivos de género.

OCTAVA. VIGENCIA:

La presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información comenzará a regir a partir de su suscripción y tendrá

una vigencia de DOS (2) años, renovándose en forma automática por iguales períodos sucesivos, en los mismos términos y condiciones que las aquí convenidas, salvo que alguna de LAS PARTES proceda a denunciar el mismo mediante notificación fehaciente a la otra Parte con un mínimo de SESENTA (60) días de anticipación.

NOVENA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS – JURISDICCIÓN:

En caso de suscitarse controversias con relación a cualquiera de los efectos de esta Acta Complementaria, LAS PARTES procurarán resolverlas amigablemente, en atención al carácter de cooperación del mismo. En el caso de resultar ello imposible, LAS PARTES convienen someterse a la jurisdicción de los Juzgados Federales con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A todos los efectos legales, las partes constituyen domicilio en los lugares arriba indicados, donde se considerarán válidas todas las notificaciones y emplazamientos que se efectúen.

En prueba de conformidad se firman DOS (2) ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto, en la CIUDAD a los días del mes de de 2021 y en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES a los días del mes de de 2021.

ANEXO III

ACTA COMPLEMENTARIA N° AL CONVENIO MARCO SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD Y EL/LA

Entre el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, representado en este acto por su titular, abogada Elizabeth Victoria GÓMEZ ALCORTA (DNI N° 22.845.098), con domicilio en la Avenida Paseo Colón 275, piso 5, de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, en adelante el “MMGyD”, por una parte; y por la otra el/la , representada en este acto por su titular, (D.N.I. N°), con domicilio en de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, en adelante el “ ”, en forma conjunta denominadas “LAS PARTES” acuerdan celebrar la presente Acta Complementaria al CONVENIO MARCO DE ASISTENCIA Y COOPERACIÓN RECÍPROCA celebrado entre LAS PARTES en fecha y expresan:

I.- Que por Resolución MMGyD N° 48/2021 se creó el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO (SICVG) en la órbita de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN de la UNIDAD DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSI-

DAD con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de la violencia a nivel nacional.

II.- Que, en ese sentido, son objetivos generales del SICVG:

A) Constituir una herramienta de sistematización de la información sobre sobre casos, consultas y/o denuncias de violencia por motivos de género, desde el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD (MMGyD), y brindar datos relevantes para el diseño y monitoreo de políticas públicas vinculadas a la materia.

B) Constituir una herramienta de articulación y consulta para los gobiernos provinciales, de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y municipales, y/o organismos de la Administración Pública Nacional que suscriban actas acuerdo en el marco de la presente medida.

C) Generar un padrón integrado de consultas y casos identificados por el tipo y número de documento cuando corresponda, evitando la duplicación de datos en el mediano plazo y permitiendo hacer el seguimiento correspondiente.

III.- Que, en virtud de lo expuesto, LAS PARTES manifiestan su voluntad de celebrar la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información, la que se regirá por las Cláusulas que a continuación se enuncian:

PRIMERA. OBJETO:

El objeto del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información, es acordar entre LAS PARTES el intercambio de información estadística y/o registros, ya sea a través de sistemas de ingesta, transferencia o uso de sistemas de información en común, en materia de género, igualdad y diversidad, y en particular en relación a los casos, consultas, denuncias y otros datos de interés vinculados a las violencias por motivos de género, en el marco del SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

A dichos efectos, LAS PARTES se comprometen a adoptar las medidas y acciones técnicas necesarias para hacer efectivo dicho intercambio.

Esto incluye adoptar medidas de coordinación y acción en común en materia de gestión de la infor-

mación, estadísticas e indicadores, tanto cualitativos como cuantitativos.

SEGUNDA. ACCIONES CONJUNTAS:

Asimismo, LAS PARTES de común acuerdo, podrán:

1.- Desarrollar cursos, talleres, jornadas de capacitación, seminarios en los temas de interés de alguna de LAS PARTES, vinculados a la gestión de información, estadísticas, estudios y diagnósticos.

2.- Realizar estudios y proyectos de investigación en conjunto.

TERCERA. FINANCIAMIENTO:

LAS PARTES acuerdan que las actividades de colaboración recíproca a realizar en el marco del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información no implicarán erogación presupuestaria.

Cualquier gasto que sea indispensable realizar será dispuesto conforme la normativa administrativa y financiera de los organismos, y acordada en actas complementarias, protocolos adicionales, adendas a la presente Acta y/o convenios específicos.

LAS PARTES podrán suscribir ANEXOS o adendas al Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información a los fines de establecer cualquier cuestión procedimental que se considere necesaria para el desarrollo y ejecución de la misma.

CUARTA. MODELO DE GESTIÓN:

Para el cumplimiento de los objetivos plasmados en la Cláusula Primera, ambos organismos acuerdan el aporte de sus recursos técnicos, humanos y de infraestructura.

LAS PARTES convienen que todo personal afectado por los organismos a las actividades motivo de la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información, continuarán sujetos a las normas vigentes de sus respectivos organismos, a la relación laboral y de jerarquía con los mismos y muy especialmente a las normas referidas a la confidencialidad de la información.

QUINTA. SECRETO ESTADÍSTICO:

LAS PARTES deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre "secreto estadístico" y la confidencialidad de la información de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 17.622, su Decreto

Reglamentario N° 3.110 del 30 de diciembre de 1970 y demás normas modificatorias y complementarias. Esta obligación se hará extensiva a todas las partes que participen, colaboren o ejecuten total o parcialmente actividades previstas en el Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información o las que le sucedan, cualquiera sea su grado de intervención por la función desempeñada, y asimismo a la información protegida y producida en el marco de la acción conjunta entre las partes.

SEXTA. DATOS PERSONALES:

LAS PARTES deberán observar en forma permanente y estricta las normas sobre "protección de datos personales" y la confidencialidad y seguridad de la información que se brinden mutuamente, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 25.326, y demás normas complementarias.

SÉPTIMA. DERECHOS DE PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN:

LAS PARTES convienen expresamente que EL MMGYD podrá utilizar los resultados obtenidos de las actividades o gestiones realizadas al amparo de la presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información en el cumplimiento de sus objetivos y/o funciones, así como también, para generar material de gestión, promoción y divulgación por parte del MMGYD, según sea el caso.

El MMGYD podrá utilizar y gestionar los datos obtenidos a través de la carga y/o ingesta en el SISTEMA INTEGRADO DE CASOS DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO, para sus diagnósticos o necesidades de información, y a los fines de la producción del diagnóstico nacional en materia de violencias por motivos de género.

OCTAVA. VIGENCIA:

La presente Acta Complementaria de Cooperación Técnica en Materia de Gestión de la Información comenzará a regir a partir de su suscripción y tendrá una vigencia de DOS (2) años, renovándose en forma automática por iguales períodos sucesivos, en los mismos términos y condiciones que las aquí convenidas, salvo que alguna de LAS PARTES proceda a denunciar el mismo mediante notificación fehaciente a la otra Parte con un mínimo de SESENTA (60) días de anticipación.

NOVENA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS - JURISDICCIÓN:

En caso de suscitarse controversias con relación a cualquiera de los efectos de este Convenio, las partes

procurarán resolverlas amigablemente, en atención al carácter de cooperación del mismo. Ante cualquier controversia derivada de la aplicación del presente Convenio, se procederá de conformidad con las previsiones de la Ley N° 19.983 y sus normas complementarias, que regulan la resolución de los conflictos interadministrativos. A todos los efectos legales, las

partes constituyen domicilio en los lugares arriba indicados, donde se considerarán válidas todas las notificaciones y emplazamientos que se efectúen

En prueba de conformidad y previa lectura, LAS PARTES firman el presente y se registra en el Sistema de Gestión Documental Electrónica.

DECRETO 5

Crear el Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios (PAIF) - Modificación del dec. 178.

Fecha: 21/01/2021

Publicación: B.O. 25/01/2021

VISTO:

El expediente EX-2020-27863710-GDEBA-DSTAMM-PGYDSGP mediante el cual se propicia la creación del Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios (PAIF) en el ámbito del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, y

CONSIDERANDO:

Que la provincia de Buenos Aires, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, ha sancionado diferentes normas, entre ellas, la Ley N° 12.569 de "Violencia Familiar" y sus modificatorias, que define la violencia familiar, las personas legitimadas para denunciar judicialmente y su procedimiento, como así también, las acciones asignadas al Poder Ejecutivo;

Que el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) define al femicidio como "la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier 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".

Que la Ley Nacional de Protección Integral N° 26.485 complementa y amplía la esfera de intervención prevista por la Ley N° 12.569, al prever en sus artículos 5° y 6° los distintos tipos y modalidades de violencias contra las mujeres;

Que la Ley Nacional N° 26.791 modificó el Código Penal, ampliando la figura del homicidio calificado por el vínculo y el catálogo de crímenes de odio, e incorporó las figuras de femicidio y femicidio vinculado;

Que mediante la Ley N° 15.164 se crea el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, correspondiendo a la citada jurisdicción entender en todo lo inherente a las políticas de género y diversidad sexual;

Que es competencia de esa cartera ministerial diseñar políticas integrales de abordaje destinadas a prevenir, erradicar y sancionar la violencia por razones de género y de asistencia a las víctimas, como así también, intervenir en la prevención y erradicación de todo tipo de discriminación, violencia, acoso y maltrato contra las mujeres y LGTBI+;

Que el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación ha creado, en el marco del Plan Nacional contra las violencias por motivos de género, el Programa para el Apoyo Urgente y la Asistencia Integral Inmediata ante casos de Femicidio, Travesticidio y Transfemicidio;

Que en el mismo sentido se propone la creación del Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios (PAIF), con el objeto de llevar adelante una política pública integral y reparatoria, que no se agote únicamente en la obtención de una sanción para el responsable, sino que comprenda acciones retributivas frente al daño que producen los femicidios, travesticidios y transfemicidios;

Que este Programa está compuesto por la Guía para el abordaje e intervención en los casos de femicidios, travesticidios y transfemicidios; un apoyo económico excepcional y por única vez que se otorgará a familiares o allegados/as directos/as de víctimas; una línea de cooperación técnica y científica para la investigación y acceso a la justicia y el registro específico de femicidios, travesticidios y transfemicidios dentro del Registro Único de Casos de Violencia de Género (Ley N° 14.603);

Que, en consecuencia, resulta necesaria la intervención coordinada y cooperante del conjunto de los organismos provinciales, como así también de órganos del Poder Judicial y gobiernos locales, en el marco de sus competencias para el esclarecimiento de tales hechos, acompañamiento a familiares o allegados/as directos/as de víctimas y acciones reparatorias;

Que en este marco deviene necesaria la creación de una herramienta provincial específica que permita

centralizar y sistematizar la información respecto de los femicidios, travesticidios y transfemicidios;

Que se han expedido favorablemente la Dirección Provincial de Presupuesto Público y la Dirección de Subsidios y Subvenciones, ambas dependientes de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Hacienda y Finanzas;

Que han tomado intervención en razón de sus competencias Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de la Provincia y Fiscalía de Estado;

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 144 - proemio- de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires;

Por ello,

El Gobernador de la Provincia de Buenos Aires decreta:

Art. 1° - Crear el Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios (PAIF), en el ámbito del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, con la finalidad de abordar e intervenir de manera integral en los casos de femicidios, travesticidios y transfemicidios, y apoyar económicamente a los familiares o allegados/as directos/as de las víctimas.

Art. 2° - Aprobar el documento de gestión del Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios (PAIF) que, como Anexo Único (IF-2021-00420999-GDEBA-DAEYRSGG), forma parte de la presente.

Art. 3° - El Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, deberá registrar los casos de femicidios, travesticidios y transfemicidios en la base de datos del Registro Único de Casos de Violencia de Género (Ley N° 14.603).

Art. 4° - Determinar que el apoyo económico para los familiares o allegados/as directos/as de las víctimas será otorgado en el marco del Programa creado por el artículo 1° del presente decreto, de manera excepcional y por única vez, y estará compuesto por la suma equivalente a cinco (5) sueldos básicos de la categoría 24 o en la que en el futuro la reemplace de la escala salarial de la Ley N° 10.430 (T.O. Decreto N° 1869/96) y sus modificatorias, con régimen de 40 horas semanales de labor.

Art. 5° - Modificar el artículo 1° del Decreto N° 178/2020, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1°. Facultar al/la Ministro/a en el Departamento de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual a otorgar subsidios de oficio y/o a petición de parte, según corresponda, en los casos y conforme la operatoria que se indica a continuación:

a. Hasta las sumas máximas establecidas en el artículo 14, incisos a) y b) del Anexo Único del Decreto N° 467/07, sus modificatorios y complementarios, para los casos de fehacientes necesidades individuales o de grupo o para atender contingencias de carácter humanitario, limitados a casos que, a sólo criterio del Ministerio, revistan extrema gravedad y urgencia y no permitan articular el procedimiento regulado por el artículo 2°, inciso 1°) del Anexo Único del Decreto N° 467/07, modificatorios y complementarios.

Se documentarán mediante un acto administrativo o una planilla demostrativa de gasto, que configurará un orden de pago en los términos establecidos por el artículo 3° del Anexo I de la Resolución N° 586/11 del Honorable Tribunal de Cuentas y deberá expresar los motivos y datos personales de los/las beneficiarios/as. Dicho instrumento constituirá documentación de respaldo, a los efectos de la oportuna rendición de cuentas.

b. Hasta las sumas máximas establecidas en el artículo 15, inciso a) y b) del Anexo Único del Decreto N° 467/07, sus modificatorios y complementarios, para los gastos o reintegro de gastos destinados a cubrir traslados y movilidad, alojamiento y comida, gastos médicos de urgencia, gastos de sepelio, fotocopias de documentación y otros menores, a víctimas de violencia de género, afectados directos, familiares y/o asociaciones representativas, efectuados en el marco de una asistencia o por su convocatoria para analizar, investigar, debatir y resolver cuestiones tanto sobre casos individuales, como sobre problemáticas generales en la materia.

Se documentarán mediante una planilla demostrativa del gasto, a la que se adjuntará el/los pertinentes comprobantes de gasto a los mismos efectos y fines que lo dispuesto por el inciso anterior.

c. Hasta la suma de pesos equivalente a cinco (5) sueldos básicos de la categoría veinticuatro (24) o en la que en el futuro la reemplace de la escala salarial de la Ley N° 10.430 (T.O. Decreto N° 1869/96) y sus modificatorias, con régimen de cuarenta (40) horas semanales de labor a los familiares o allegados/as directos/as de víctimas de femicidios, travesticidios y transfemicidios en el marco del Programa de Abordaje Integral ante Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios.

Establecer que para acceder al presente beneficio se deberá acreditar el domicilio real dentro de la provincia de Buenos Aires, tanto de la víctima como de quienes resulten beneficiarios/as.

Exceptuar a los/las beneficiarios/as, del presente apoyo económico, de la obligación de rendir cuentas y, de lo establecido por los artículos 15 y 16 del Decreto N° 467/07 y modificatorios”.

Art. 6° - Facultar al Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual a dictar las normas reglamentarias, interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias para la implementación del presente.

Art. 7° - Establecer que el gasto que demande la presente medida será atendido con cargo a las partidas presupuestarias del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, las que deberán ajustarse a las previsiones del Ejercicio Presupuestario correspondiente.

Art. 8° - Establecer que el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual propondrá al Ministerio de Hacienda y Finanzas las adecuaciones presupuestarias necesarias a los fines de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente.

Art. 9° - El presente decreto será refrendado por las/os Ministras/os Secretarías/os en los Departamentos de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, de Hacienda y Finanzas y de Jefatura de Gabinete de Ministros.

Art. 10. - Registrar, etc. – Díaz – López – Bianco – Kicillof.

ANEXO ÚNICO

PROGRAMA DE ABORDAJE INTEGRAL ANTE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS (PAIF)

1. Fundamentación

El Programa de abordaje integral ante femicidios, travesticidios y transfemicidios (PAIF) tiene como objetivo llevar adelante una política pública integral, organizada desde cuatro componentes:

- Guía para el abordaje e intervención en femicidios, travesticidios y transfemicidios.

- Apoyo económico excepcional y por única vez destinado a familiares o allegados/as directos/as de víctimas de femicidio, travesticidio y transfemicidio.

- Línea de cooperación técnico-científica para la investigación y el acceso a la justicia.

- Registro de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios en el marco del Registro Único de Casos de Violencia de Género (Ley N° 14.603).

2. Conceptualizaciones de femicidio, femicidios vinculado y travesticidio/transfemicidio

Femicidio

La UFEM (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres), perteneciente al Ministerio Público Fiscal de la Nación utiliza el concepto de femicidio propuesto por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) emitido en la “Declaración sobre el Femicidio” en el año 2008. Allí se define como “la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier 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”.

Femicidio vinculado

En el año 2017 la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación definió al femicidio vinculado como aquellos que se refieren a los homicidios cometidos contra una o varias personas (niñas, niños, adolescentes, mujeres, varones, trans, travesti), a fin de causarle sufrimiento a una mujer, mujer trans o travesti. Para ello, debe existir una desigualdad de género entre la persona sindicada como autor del hecho y la mujer, mujer trans o travesti a quien se pretende afectar.

Travesticidio/transfemicidio

Definimos como travesticidio/transfemicidio las muertes de travestis y mujeres trans asesinadas por su identidad de género. El Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina releva travesticidios y transfemicidios considerando como mujer travesti o mujer trans a todas aquellas personas asignadas al género masculino al nacer que se autoperciban como mujer travesti o trans, respectivamente, hayan accedido o no al cambio registral establecido por la Ley Nacional de Identidad de Género, se hayan realizado o no modificaciones en el cuerpo.

3. Marco Normativo

El Programa se fundamenta en el marco de la normativa internacional, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la ONU en el año 1979, y ratificada por la República Argentina por Ley N° 23.179 del año 1985, establece en su artículo 2° “Los Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier

otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio”.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belem do Pará”, estipula en su artículo 7°, que los Estados Partes se comprometen a: inciso g) “Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”.

También, los Principios de Yogyakarta “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, el Principio 28 define el derecho a recursos y resarcimientos efectivos: Los Estados: “Establecerán los procedimientos jurídicos necesarios, incluso mediante la revisión de leyes y políticas, a fin de asegurar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género tengan acceso a una plena reparación a través de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición y/o cualquier otro medio que resulte apropiado”.

En el ámbito de la legislación nacional, la Ley N° 26.485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales a la cual la provincia de Buenos Aires ha adherido por Ley N° 14.407, tiene por objeto promover y garantizar 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. También establece el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia, garantizando además en su artículo 3° los derechos a una vida sin violencia y sin discriminaciones; a gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad y a un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

Ley nacional N° 26.791, modificó el Código Penal ampliando la figura del homicidio calificado por el vínculo y el catálogo de crímenes de odio, e incorporó los incisos 11 y 12 al artículo 80 donde incluye como agravante la existencia de violencia de género; y los realizados con el fin de causar sufrimiento. Incorporaciones que reconocen las figuras de femicidio y femicidio vinculado.

También, la Ley nacional N° 26.743 “Ley de identidad de género”, establece el reconocimiento al género autopercebido, así como el derecho al libre desarrollo personal, y al trato digno.

En la Provincia de Buenos Aires, la Ley N° 15.164 “Ley de Ministerios” crea, en su artículo 28 el “Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual”, allí se determina el ámbito de competencias, incluyendo dentro de sus acciones el trabajo para la prevención y erradicación de las violencias por razones de género, así como promueve la incorporación de una perspectiva de género en las políticas de gobierno e interviene en la prevención y erradicación de todo tipo de discriminación, violencia, acoso y maltrato contra las mujeres y personas LGTBI+.

En lo que respecta al trabajo con situaciones de violencias por razones de Género, la estructura ministerial cuenta con la Subsecretaría de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género, de la cual depende la Dirección Provincial de Situaciones de Alto Riesgo y Casos Críticos de las Violencias por Razones de Género la que tiene entre sus funciones elaborar mecanismos de intervención en situaciones de alto riesgo y casos críticos, preventivas de violencia incremental, femicidios y travesticidios; coordinar políticas con el Poder Judicial, ante las situaciones que requieran especial atención y articulación, por el nivel de riesgo que implican y acompañar casos que por sus características y reiteración se constituyen en paradigmáticos.

Corresponde a dicho Ministerio abordar las situaciones de violencia extrema como son los femicidios, travesticidios y transfemicidio, de manera de dar una respuesta integral, efectiva y rápida a familiares o allegadas/os convivientes y/o que tuviesen un trato cotidiano y cercano afectivo con las víctimas, y a la comunidad en general, tanto en el abordaje del caso para colaborar en una respuesta judicial acorde en lo que respecta a la investigación, como en lo que respecta al acompañamiento.

4. Estado de situación

Las estadísticas presentadas por el Ministerio Público de la Provincial, determinan que en el año 2020 se registraron 23 femicidios entre el 1° de enero y el 19 de marzo del año en curso, mientras que en el período de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), la cifra, hasta el 30 de junio, ascendió a 33 femicidios.

En el país 268 femicidios se perpetraron en el año 2019, según datos de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de los cuales fueron femicidios vinculados, 5 fueron travesticidios/transfemicidios y 247 mujeres. Un total de 102 casos ocurrieron en la Provincia de Buenos Aires.

El dato a nivel país implica el asesinato de una mujer, travesti o trans, por razones de género, cada 31 horas, en este contexto creemos indispensable una efectiva acción estatal para la persecución de estos delitos, en

la búsqueda de la verdad, como ejes fundamentales a la hora de trabajar en pos de la erradicación de las violencias por razones de géneros.

Estos datos dan cuenta de la necesidad de abordar, a través de políticas públicas específicas, las situaciones que derivan de los femicidios, travesticidios/transfemicidios, ocurridos en nuestra provincia.

Otro aspecto a tener en cuenta se refiere al rol y las tareas que viene desempeñando en el abordaje de casos de femicidios, travesticidios/transfemicidios, la Dirección Provincial de Situaciones de Alto Riesgo y Casos Críticos de las Violencias por Razones de Género, los informes realizados indican que durante el primer semestre de 2020 la Dirección abordó 50 casos de femicidios (2 de ellos vinculados) y 3 casos de travesticidios/transfemicidios; durante el tercer trimestre de 2020 la Dirección abordó 30 casos de femicidios. Sumando un total de 80 femicidios (3 vinculados) y 3 travesticidios/transfemicidios. Dando un panorama de la importancia de diseñar e implementar políticas públicas que permitan abordar integralmente las diferentes dimensiones que se abren a partir de estos delitos que representan las formas más extremas de las violencias por razones de género.

En estos meses de gestión desde el Ministerio se ha elaborado una metodología de trabajo que ha permitido dar una respuesta rápida y de abordaje integral, este programa viene a formalizar el trabajo y a sumar como nueva herramienta la posibilidad del otorgamiento de un apoyo económico en los casos mencionados.

5. Objetivos del Programa

Objetivo general

Abordar de manera integral a través del acompañamiento transdisciplinar y del otorgamiento de un apoyo económico, a familiares o allegados/as directos/as de víctimas de femicidios, travesticidios y transfemicidios, e investigar de manera colaborativa, casos paradigmáticos de muertes violentas con la finalidad de impulsar el acceso a la justicia.

Objetivos específicos

a. Contribuir desde el acompañamiento integral en los casos de los femicidios, travesticidios y transfemicidios a familiares y/o personas con vínculos afectivos de las víctimas, incluyendo un apoyo económico excepcional.

b. Acompañar a familiares o allegados/as directos/as de las víctimas en la ruta crítica, buscando el anclaje territorial del caso.

c. Asesorar legalmente a familiares de las víctimas, así como velar por el efectivo acceso a la justicia.

d. Brindar asesoramiento, asistencia e información en aquellos casos en los que sea preciso determinar si las muertes violentas de mujeres, trans y travestis constituyen femicidios, travesticidios y transfemicidios.

e. Registrar en la base datos del Registro Único de Casos de Violencia de Género (Ley N° 14.603), consignando toda la intervención realizada.

6. Alcance del Programa

Se desarrollarán diferentes ejes, atendiendo a la necesidad de brindar un abordaje integral e interdisciplinario:

Abordaje e intervención en femicidios, travesticidios y transfemicidios

El equipo técnico profesional perteneciente a la Dirección de Intervención en Situaciones de Alto Riesgo y Casos Críticos de la Subsecretaría de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, o la repartición que en el futuro la reemplace, una vez ingresado el caso, por las diferentes vías, tomará conocimiento acerca del mismo propiciando la comunicación con las diferentes áreas del estado, debiendo elaborar un informe que dé cuenta del estado de la causa, procurando la comunicación con la familia de la víctima y definiendo, por último, la estrategia de intervención.

Cabe destacar que la intervención, mencionada anteriormente, se desarrollará en cumplimiento de la "Guía de abordaje e intervención, en situaciones de femicidios, travesticidios y transfemicidios", que dispone el procedimiento para el abordaje de las situaciones ingresadas al presente Programa.

En ese entendimiento, se establecen los modos de articulación con los organismos locales y provinciales que permiten el abordaje, acompañamiento y contención de los familiares o allegados/as directos/as de víctimas, incluyendo el asesoramiento legal.

Apoyo económico

Consiste en una asignación económica excepcional única vez que se otorgará a familiares o allegados/as directos/as de víctimas de femicidio/travesticidio/transfemicidio.

Cooperación técnico-científica para la investigación y el acceso a la justicia

El Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual convocará a equipos especializados a trabajar mancomunadamente en casos de femicidios, transfemicidios y travesticidios que por sus características se presenten como paradigmáticos y que contribuyan a brindar información sobre situaciones similares, para el diseño de políticas públicas en la materia.

Registro de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios

Luego de las intervenciones realizadas, el caso será registrado en el Registro Único de Casos de Violencia

de Género (Ley N° 14.603). También se realizarán evaluaciones semestrales y anuales y un trabajo de clínica y ateneos de casos que den cuenta de los abordajes integrales realizados y que permitan monitorear la efectiva aplicación, así como orientar las políticas en la materia.

7. “Guía de abordaje e intervención, en situaciones de femicidios, travesticidios y transfemicidios”

La “Guía de abordaje e intervención, en situaciones de femicidios, travesticidios y transfemicidios”, se encuentra conformada por seis pasos:



Las distintas instancias contemplan la siguiente descripción:

Abordaje/Intervención	Instancias/Aclaraciones	Descripción
1. Procedencia del caso	El caso ingresa por:	- Línea 144. - Los medios de comunicación. - Las redes del Ministerio y redes sociales. - La militancia feminista. - Municipios. - Otro ministerio. - Unidad gobernador - Organizaciones de la sociedad civil.

Abordaje/Intervención	Instancias/Aclaraciones	Descripción
<p>2. Conocimiento acerca del caso</p>	<p>2.1 Comunicación con la fiscalía.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Detalle de la fiscalía y el juzgado interviniente: especificar si interviene la fiscalía especializada, y en este caso, chequear la conformación de equipo interdisciplinario en la misma y formación en género de agentes judiciales. - Si existe fiscalía de género y no interviniente en el caso: detallar el motivo. - Si no existe fiscalía de género, chequear la formación en género de los/as agentes judiciales a cargo de la fiscalía que interviene.
	<p>2.2 Carátula de los hechos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Verificar si en la carátula no se encuentran estipuladas las denominaciones "femicidios, travesticidios, transfemicidios" chequear el motivo: es decir, si el no uso se debe a que no se encuentra en la configuración sugerida por el fiscal, o si es por desconocimiento o negación de la denominación.
	<p>2.3 Primeras medidas tomadas</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Consultar las medidas tendientes a conservar la escena del crimen. - Búsquedas del o las arma/s utilizadas. - Convocatoria de la policía científica, la disponibilidad de materiales necesarios para preservar la escena. - Identificación de la víctima. - Ámbito de escucha a la familia y amigas de la víctima por parte del Poder Judicial. - Convocatoria de testigos. - Relevamientos de cámaras. - Centros de salud. - Asuntos internos. - Cualquier otra medida que resulte de interés. - Antecedentes en la Línea 144 o equipos de atención del Ministerio y áreas de género municipales.

Abordaje/Intervención	Instancias/Aclaraciones	Descripción
	2.4 Si existe sospechoso y/o imputado	<ul style="list-style-type: none"> - Determinar las medidas tendientes a recabar pruebas que coadyuven con una posible imputación (en caso que sólo se cuente con sospechoso). - Si existe un posible imputado y está libre: marcar las medidas tendientes a su búsqueda, las medidas tendientes a evitar la profugación (fronteras), a determinar capacidad de eludir la justicia (capacidad económica de huir), posibles familiares y/o amigos que puedan esconderlos (fundamental escuchar a familiares de las víctimas). - Si existe imputado y está privado de su libertad: determinar lugar de alojamiento, determinar acceso del imputado a medios electrónicos con los que pueda ocasionar violencia sobre la familia de la víctima. - Si existe hipótesis de cómplices, y si se han tomado medidas a fin de dar con ellos. <ul style="list-style-type: none"> - Determinar si se han buscado antecedentes sobre el imputado, sea de distintas víctimas o de la misma. - Si la respuesta es afirmativa y se han encontrado otras causas, determinar si se han unificado. <p>Luego del abordaje del punto 3 de esta guía, se establezca mediante la vía que se considere pertinente, y en caso de ser necesarias, sugerencias de abordajes tanto a la fiscalía como al juzgado.</p> <p>Si han existido denuncias anteriores y las mismas fueron archivadas, se requerirá un informe escrito al Juzgado Interviniente, a fin de informar las medidas llevadas adelante y el motivo del archivo.</p>
3. Comunicación con diversas áreas del Estado	A fin de determinar si se está acompañando a la familia y con qué dispositivos.	<ul style="list-style-type: none"> - Área de género municipal, o en su defecto área que aborde la temática. - Asistencia a la víctima y acceso a la justicia del Ministerio de Justicia PBA. <ul style="list-style-type: none"> - Comisaria de la mujer. - Servicio Local y/o Zonal de Niñez. - Asuntos internos.
	3.1: Consignar la existencia de hijos/as de la víctima	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer la presencia de niñas/niños o adolescentes, y en su caso, quien está a cargo de ellos/as. <ul style="list-style-type: none"> - Consignar si se encuentran escolarizados, detallando institución y posibilidades de acompañamiento institucional. - Alguna cuestión con respecto a ellas/os que se considere de importancia. - Determinar si es aplicable al caso la Ley N° 27.452 Ley Brisa. Establecer comunicación con organismos competentes.
	3.2: Consignar existencia de personas con discapacidad y otras personas en situación de vulnerabilidad.	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer la existencia de personas con discapacidad y determinar los organismos actuantes.

Abordaje/Intervención	Instancias/Aclaraciones	Descripción
4. Elaboración del informe	4.1: Situación económica de la familia:	<ul style="list-style-type: none"> - Si son beneficiarios/as de programas sociales. - Si cuentan con trabajo registrado. - Si se encuentran desocupadas/os. - Acceso a las necesidades mínimas (Alimentación y vivienda digna).
	4.2: Consignar la distancia entre la residencia y el Poder Judicial:	- Determinar la posibilidad de acercamiento del grupo familiar hacia la sede del organismo judicial a fin de la realización de los trámites pertinentes.
	4.3: Patrocinio letrado:	<ul style="list-style-type: none"> - La familia: ¿Cuenta con patrocinio letrado? - Ese patrocinio: ¿es experto? - ¿Tiene medios para solventar un patrocinio en caso de requerirlo? - ¿Pudo en las primeras horas evacuar consultas legales?
	4.4: Relación de la familia con el Poder judicial:	<ul style="list-style-type: none"> - Consignar si la familia se dirigió a la sede del Poder Judicial y si fue escuchada. - ¿Las líneas investigativas se condicen con el relato familiar?
	4.5: Abordaje psicológico:	- La familia: ¿cuenta con ayuda psicológica? ¿Tienen obra social?
	4.6: Consignar las relaciones institucionales:	<ul style="list-style-type: none"> - Con la Policía. - Con la municipalidad. - Con la escuela (en caso de haber niños/as y adolescentes). - Algún organismo provincial. - Organizaciones de la sociedad civil.
5. Comunicación con la familia.		<ul style="list-style-type: none"> - Se sugiere una escucha atenta, sin direccionar en un primer momento, solo a la espera del decir de la familia y allegados con trato afectivo de la víctima, consignando en el transcurrir de la misma los datos de relevancia. De existir algún aspecto queda sin abordar en el relato, una vez concluido el mismo se preguntará específicamente. - Se informará a la familia o personas cercanas a la víctima, acerca del Programa para el Apoyo Urgente y la Asistencia Integral Inmediata ante casos de Femicidio, Travesticidio y Transfemicidio, dependiente del Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, y del Programa de Abordaje Integral ante Femicidio, Travesticidio y Transfemicidio de la Provincia de Buenos Aires. - Se trabajará en coordinación con el municipio la presentación de la documentación requerida.
6. Estrategia de intervención		Una vez establecidos los parámetros de la guía, de manera conjunta el equipo del Ministerio, deberá discutir y definir una estrategia de intervención en coordinación con el equipo de la Dirección de Seguimiento y Acompañamiento en Situaciones de Alto Riesgo y Casos Críticos, quien continuará con el entendimiento del caso.

8. Requisitos para el ingreso al Programa

El Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual determinará los requisitos y procedimientos para la implementación y ejecución del Programa.

9. Cooperación técnico-científica para la investigación y el acceso a la justicia

El Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, convocará a equipos especializados a trabajar mancomunadamente en casos de fe-

micidios, transfemicidios y travesticidios que por sus características se presentan como paradigmáticos, es decir, que a partir de un trabajo científico especializado, se pueda arribar al conocimiento de causales de muerte, arrojando luz sobre situaciones similares.

10. Registro de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios.

Los femicidios, travesticidios y transfemicidios serán debidamente registrados en la base datos del Registro Único de Casos de Violencia de Género, consignando toda la intervención realizada.

LEY 3314-G

Violencia contra la mujer - Programa Provincial "Noviembre morado".

Sanción: 10/12/2020

Promulgación: 30/12/2020

Publicación: B.O. 13/01/2021

PROGRAMA PROVINCIAL "NOVIEMBRE MORADO"

Art. 1° - Dispónese, en el marco de las leyes 1886-M y 2440-E, adhesiones a las leyes nacionales 26.485 -Ley de Protección Integral de las Mujeres- y 27.234 -Violencia de Género- respectivamente, la creación del Programa "Noviembre Morado" a llevarse a cabo durante el mes citado de cada año, con el fin de concientizar sobre la problemática de la violencia contra la mujer.

Art. 2° - El Programa, además de las acciones a realizar conforme con los artículos siguientes, se caracterizará en su ejecución por ornamentar y/o iluminar los edificios públicos provinciales con el color mora-

do, en razón de ser el tono distintivo de la lucha contra la violencia de género.

Art. 3° - Establécense jornadas, talleres, charlas de concientización mediante un cronograma de campañas, actividades educativas, culturales, deportivas, solidarias, las que deberán ser informadas a través de medios de comunicación audiovisual, gráficos, digitales, sitios web, redes sociales oficiales y toda otra acción que haga al objetivo de la difusión de las actividades programadas.

Art. 4° - Las actividades dispuestas en el artículo precedente alcanzará a todo el personal de todos los niveles y jerarquías del sector público provincial en los términos del artículo 4° de la ley 1092-A (antes ley 4787).

Art. 5° - Invitar a participar de la presente ley, al Poder Judicial, al Poder Legislativo, a los Municipios, a las Universidades, a las Organizaciones No Gubernamentales y demás instituciones y/o asociaciones de reconocida trayectoria en la materia.

Art. 6° - La autoridad de aplicación de la presente será determinada por el Poder Ejecutivo.

Art. 7° - Regístrese, etc.

DECRETO 64

Licencia por violencia familiar, de género o contra la mujer - Reglamentación - Modificación del dec. 186.

Fecha: 01/02/2021

Publicación: B.O. 19/02/2021

VISTO:

La nueva estructura orgánica del Poder Ejecutivo dispuesta por Decreto N° 1615/2019, modificado por Decreto N° 93/2020, ratificada por Ley N° 10.726 y lo establecido mediante Decreto N° 186/2016, modificada por sus similares Nros. 1165/2016 y 94/2020.

Y CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto N° 186/2016, modificado por los Decretos Nros. 1165/2016 y 94/2020, se facultó al Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar para otorgar “subsídios” y “ayudas directas” en el ámbito de su competencia.

Que las competencias asignadas al Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar, en la nueva estructura orgánica del Poder Ejecutivo, dispuesta por Decreto N° 1615/2019, modificado por Decreto N° 93/2020, ratificada por Ley N° 10.726, requieren de mecanismos que permitan cumplir eficazmente con los objetivos inherentes a tales competencias, en el marco de una gestión acorde a los principios de celeridad, eficacia, y eficiencia, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 174° de la Constitución Provincial.

Que conforme a lo expuesto, y a los fines de dar un adecuado cumplimiento a los principios señalados, corresponde adecuar el régimen normativo dispuesto por Decreto N° 186/2016, modificado por sus similares Nros. 1165/2016 y 94/2020, a las competencias asignadas por la actual estructura orgánica del Poder Ejecutivo.

Por ello, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 144 inciso 1° de la Constitución Provincial;

El Gobernador de la Provincia decreta:

Art. 1° - MODIFÍCASE el artículo 2° del Decreto N° 186/2016, modificado por sus similares Nros. 1165/2016 y 94/2020, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 2°.- El Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar, o el organismo que en el futuro lo reemplace, podrá otorgar “subsídios” a Organizaciones No Gubernamentales con personería jurídica para la promoción y apoyo de actividades comunitarias, de mejora del hábitat, de inserción laboral, de emprendedurismo, de capacitación, culturales, científicas, deportivas, y para la instrumentación de planes y programas implementados por dicho Ministerio, en cuyo caso podrán otorgarse para infraestructura, equipamiento y/o gastos corrientes de personal e insumos.

Los subsidios podrán acordarse en dinero, en bienes o en servicios, y otorgarse sin obligación de restitución o con carácter de reintegrable en la forma y plazos que establezca el Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar u organismo que en el futuro asuma sus competencias. La rendición de cuentas de las ayudas económicas deberá efectuarse conforme las disposiciones dictadas al respecto por el Tribunal de Cuentas de la Provincia y Resoluciones normativas. El Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar, o el organismo que en el futuro lo reemplace, podrá otorgar subsidios a Municipios, Comunas y demás entes públicos, con igual objeto y de similar naturaleza a lo indicado precedentemente, y asignar fondos destinados a solventar obras de infraestructura en inmuebles cuando la ejecución de las mismas sea financiada con recursos provenientes del Estado Nacional y/u organismos multilaterales, en cuyo caso deberá estarse a lo expresamente convenido con dichas jurisdicciones.”

Art. 2° - Modifícase el artículo 3° del Decreto N° 186/2016, modificado por sus similares Nros. 1165/2016 y 94/2020, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 3°.- El Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar, o el organismo que en el futuro lo reemplace, podrá otorgar “ayudas directas” para la mejora del hábitat y el acceso a la vivienda digna, la regularización dominial de la vivienda social, la capacitación, inserción laboral, emprendedurismo, formación profesional y el perfeccionamiento

en temas afines al contenido de la problemática de la Jurisdicción del referido Ministerio y su difusión.

Las ayudas directas sólo se otorgarán a personas físicas, pudiendo gestionarse y acordarse por intermedio de Municipios, Comunas u organizaciones no gubernamentales con personería jurídica. Las ayudas directas podrán otorgarse con el carácter de reintegrable o no, en dinero, bienes o servicios, tanto como reembolso de gastos efectuados o pudiendo asumir a su cuenta y orden el costo de los servicios de terceros

que deban brindarse a los beneficiarios, con cargo al presupuesto del Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar.”

Art. 3° - El presente Decreto será refrendado por la señora Ministra de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar, la señora Ministra de Coordinación y el señor Fiscal de Estado.

Art. 4° - Protocolícese, etc. - Schiaretti - Jure - Rive-ro - Córdoba.

LEY 9298

Ley de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados – Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis – Registro nacional voluntario – Consejo Consultivo Honorario – Creación - Adhesión a la ley nacional 27.350.

Sanción: 29/12/2020

Promulgación: 11/01/2021

Publicación: B.O. 20/01/2021

Art. 1° - Adhiérase la Provincia de Mendoza a la Ley Nacional N° 27.350 sus concordantes, complementarias y modificatorias, de "Investigación médica y científica del uso medicinal de plantas del género Cannabis sp y sus derivados".

Art. 2° - El Ministerio de Economía y Energía de la Provincia de Mendoza será Autoridad de Aplicación en todas las etapas de la cadena de valor de plantas de género Cannabis sp y sus derivados en conformidad con la normativa vigente.

Art. 3° - El Poder Ejecutivo propiciará la participación de personas humanas y/o jurídicas públicas o privadas para el desarrollo de proyectos productivos, los que podrán comprender todas las etapas de la cadena de valor.

Para ello a través de la Autoridad de Aplicación podrá desarrollar, adoptar, y/o coordinar pautas y proto-

colos precisos de investigación, cultivo, producción, comercialización y podrá coordinar las acciones que sean necesarias para promover el establecimiento, explotación de cultivos de Cannabis sp en todas sus variedades, su industrialización y/o transferencia de tecnología con fines científicos, medicinales y/o terapéuticos y desarrollar mecanismos destinados a implementar iniciativas económicas para la producción, transformación y/o distribución de derivados de grado médico.

Art. 4° - Los Ministerios de Salud, Desarrollo Social y Deportes y de Economía y Energía tramitarán ante el Estado Nacional, todas y cada una de las autorizaciones y convenios que fueran necesarios de conformidad con las exigencias legales de calidad, seguridad y eficacia requeridos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) o el organismo que en el futuro la reemplace.

Art. 5° - El Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de la Provincia promoverá los acuerdos que sean necesarios con el Ministerio de Salud de la Nación para simplificar y agilizar los trámites establecidos por la normativa nacional y provincial que regula la materia.

Art. 6° - El Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Provincia de Mendoza efectuará las reasignaciones presupuestarias para el cumplimiento de esta Ley conforme lo requieran los Ministerios de Economía y Energía y de Salud, Desarrollo Social y Deportes.

Art. 7° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEY I-1046

Ley de Paridad de Géneros en la Industria Audiovisual y de Tecnologías Digitales de la Provincia de San Luis.

Sanción: 26/11/2020

Promulgación: 28/12/2020

Publicación: B.O. 05/02/2021

LEY DE PARIDAD DE GÉNERO EN LA INDUSTRIA AUDIOVISUAL Y DE DESARROLLO DIGITAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1° - Objeto. La presente Ley tiene como objeto promover y garantizar la paridad de género en el acceso y permanencia del personal en la industria audiovisual y de tecnologías digitales de la provincia de San Luis.-

Art. 2° - Alcance. Quedan alcanzados por las disposiciones de la presente Ley, todos los servicios de la industria audiovisual y de tecnologías digitales, del ámbito público y privado con o sin fines de lucro, de la provincia de San Luis. Quedan incluidos en los servicios audiovisuales: preproducción, producción y postproducción que involucren productoras audiovisuales privadas, canales de televisión, producciones cinematográficas y/o documental, series y proyectos. Sector de Desarrollo digital: ilustradoras, programadoras, diseñadoras, desarrolladoras, artistas digitales relacionadas a la construcción de proyectos gráficos y/o audiovisuales, como así también desarrollo de tecnologías digitales, desarrollo de videojuegos, páginas web, multimedia, multiplataformas, apps y publicidad.-

Art. 3° - Principio de Paridad de Género. La paridad de género en la integración del personal en los servicios audiovisuales y de desarrollo digital, deberá aplicarse en la totalidad del personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o contratada, incluyendo los cargos de conducción y/o de toma de decisiones. En todos los casos se debe garantizar la

misma cantidad de miembros femeninos, miembros masculinos, independientemente de su sexo biológico. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determine fracciones menores a la unidad, el concepto de paridad de género se obtiene acercándose a la unidad entera más próxima.-

Art. 4° - El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley por parte de los responsables de los servicios audiovisuales y de tecnologías digitales, en el ámbito público y privado de la Provincia, dará lugar a las siguientes sanciones:

- a) Llamado de atención;
- b) Apercibimiento

Art. 5° - Autoridad de Aplicación. El Poder Ejecutivo Provincial determinará la Autoridad de Aplicación de la presente Ley.-

Art. 6° - Plataforma de Registro Virtual. Creación: Créase la Plataforma de Registro Virtual para las trabajadoras y trabajadores de servicios audiovisuales y tecnologías digitales de la provincia de San Luis, dependiente de la Autoridad de Aplicación de la presente Ley; podrán subir su perfil laboral, reel y currículum especificando si son profesionales, estudiantes o prestadoras de servicios.-

Art. 7° - Funciones de la Autoridad de Aplicación. A los efectos del cumplimiento del objeto de la presente Ley, la Autoridad de Aplicación deberá:

- a) Garantizar el cumplimiento del principio de paridad de género;
- b) Realizar campañas institucionales de concientización y sensibilización para el fomento de la igualdad de las personas y la erradicación de la violencia de género;
- c) Promover, en articulación con los organismos pertinentes, la protección de la igualdad a todos los géneros y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual;
- d) Brindar talleres y capacitaciones en las temáticas de género y de comunicación igualitaria y no discriminatoria, a todas las personas que se desempeñen

en los servicios audiovisuales y de desarrollo digital de la provincia de San Luis, sin perjuicio de las disposiciones previstas en la Ley Nacional N° 27.499 “Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que integran los tres Poderes del Estado”;

e) Facilitar el acceso a talleres y cursos gratuitos y accesibles para todas las mujeres y disidencias del rubro y coordinar con las áreas, secretarías y ministerios ya existentes en la Provincia en común unión y trabajo en equipo;

f) Elaborar protocolos, guías de actuación y materiales de apoyo destinados a transmitir y garantizar los principios de igualdad, equidad y no discriminación;

g) Fomentar la difusión de noticias y producciones con perspectiva de género, diversidad sexual e interculturalidad;

h) Crear acciones para la prevención y eliminación de la violencia simbólica y mediática contra las mujeres en la producción y difusión de contenidos y mensajes;

i) Otras funciones y/o atribuciones que les sean asignadas de acuerdo a las disposiciones sobre la materia;

j) Aplicar el régimen de sanciones establecido en la presente Ley.-

Art. 8° - Convenios. Facúltase a la Autoridad de Aplicación a celebrar convenios de cooperación con prestadores de servicios de comunicación audiovisual de gestión privada a fin de incorporar en sus estructuras las disposiciones de la presente Ley.-

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y COMPLEMENTARIAS

Art. 9° - Gradualidad. En relación a lo previsto en el Artículo 3° de la presente Ley y hasta tanto se garantice la paridad de género, los puestos de trabajo serán cubiertos de manera progresiva atendiendo a las vacantes que se vayan produciendo. En ningún caso se afectarán los cargos originados, ni los concursos convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.-

Art. 10. - Adhesión. Invítese a los Municipios provinciales a adherir a la presente Ley en el ámbito de sus competencias.-

Art. 11. - Reglamentación. El Poder Ejecutivo Provincial deberá reglamentar la presente Ley en un plazo de NOVENTA (90) días.-

Art. 12. - Regístrese, etc.

LEY VIII-1038

Ley de Paridad de Géneros en Ámbitos de Representación Política - Modificación de las leyes XI-0345-2004 y XI-0346-2004.

Sanción: 18/11/2020

Promulgación: 28/12/2020

Publicación: B.O. 05/02/2021

LEY DE PARIDAD DE GÉNEROS EN ÁMBITOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Art. 1° - La presente Ley tiene por objeto garantizar la paridad de género en los ámbitos de representación política y en todos los cargos públicos electivos de órganos colegiados, en la provincia de San Luis.-

Art. 2° - Modifíquese el Artículo 5° de la Ley N° XI-0345-2004 (5509 *R) - TEXTO ORDENADO Ley N° XVIII-0712-2010 - Ley N° XI-0693-2009 - Ley N° XI-0839-2013 LEY ELECTORAL PROVINCIAL, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Las elecciones de Senadoras/es y Diputadas/os a la Legislatura, para las renovaciones ordinarias parciales de ésta, se efectuarán de conformidad a lo prescripto en los Artículos 102 y 109 de la Constitución de la Provincia; las que serán convocadas por el Poder Ejecutivo con CIENTO VEINTE (120) días de anticipación.

Las listas de candidaturas que se presenten para dichas elecciones, deben integrarse ubicando de manera intercalada a personas de género femenino y masculino, desde el primer cargo titular hasta el último cargo suplente, en forma indistinta. Cuando se convoque para elegir UN (1) sólo cargo titular, el/la candidato/a suplente deberá ser de género distinto al que se postule para aquél.

Establézcase que para la Cámara de Diputados deberá alternarse dicho orden de prelación por género en cada elección por Departamento, en relación a la anterior, garantizándose igual participación a mujeres y varones en todo el territorio provincial”.-

Art. 3° - Modifíquese el Artículo 8° de la Ley N° XI-0345-2004 (5509 *R) - TEXTO ORDENADO Ley N° XVIII-0712-2010 - Ley N° XI-0693-2009 - Ley N° XI-0839-2013 LEY ELECTORAL PROVINCIAL, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a legislador/a, el cargo será cubierto por la persona de su mismo género que figure en la lista como titular según el orden establecido. Una vez que ésta se hubiere agotado ocupará el cargo vacante la persona designada para cubrir suplencia de igual género que siga de conformidad con la relación consignada en la lista respectiva. Una vez agotado dicho mecanismo, podrá continuarse la sucesión por el orden de suplencia contemplando el otro género. En todos los casos la persona reemplazante se desempeñará hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular”-

Art. 4° - Modifíquese el Artículo 15 de la Ley N° XI-0345-2004 (5509 *R) - TEXTO ORDENADO Ley N° XVIII-0712-2010 - Ley N° XI-0693-2009 - Ley N° XI-0839-2013 LEY ELECTORAL PROVINCIAL, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Dentro de los TRES (3) días subsiguientes a la presentación de las listas, la Justicia Electoral Provincial deberá dictar resolución fundada, con expresión precisa y concreta de los hechos de que hace mérito, respecto a la calidad de las/los candidatas/os, esta resolución es apelable dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas ante el Tribunal Electoral Provincial, el que deberá resolver en el término de VEINTICUATRO (24) horas de la interposición del recurso, según el cargo de Secretaría puesto a éste, también por resolución fundada. Si por Resolución firme se estableciere que algún/a candidato/a no reúne las calidades necesarias que determine esta Ley, el Partido o agrupación política a que pertenece podrá sustituirle, en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas a contar desde su notificación. En la misma forma se sustanciarán las sustituciones de candidatas/os, que fuere menester.

En caso de que alguna de las personas candidatas no estuviese en el lugar que correspondiere según el sistema establecido en el Artículo 5°, el Tribunal Electoral emplazará al Partido o agrupación política para que proceda a su sustitución o reubicación respetando la paridad de género, y la alternancia en el orden de prelación por género que en cada elección debe garantizarse por Departamento para la Cámara de Diputados, en el término CUARENTA Y OCHO (48) horas a contar desde su notificación, bajo apercibimiento de realizarlo de oficio, con la persona del género que correspondiere. Dicho Tribunal, dentro de las atribuciones del Artículo 95 Inciso 2) de la Constitución de la provincia de San Luis, no podrá oficializar

ninguna lista de candidaturas que no cumpla con lo dispuesto en el presente Artículo”-

Art. 5° - El género de la candidata o del candidato estará determinado por su Documento Nacional de Identidad (DNI), independientemente de su sexo biológico.-

Art. 6° - Los partidos políticos deberán garantizar la paridad de género en el acceso a los cargos partidarios colegiados, contemplando los géneros femenino y masculino, conforme lo normado en la Ley N° 26.743 “Ley de Identidad de Género” y la que en el futuro la modifique o reemplace.-

Art. 7° - Modifíquese el Artículo 3° de la Ley N° XI-0346-2004 (5542 *R) LEY DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Los partidos políticos son instrumentos fundamentales para la formulación, realización y marcha de la política provincial correspondiéndoles, en forma exclusiva, la nominación de candidatas/os para cargos públicos electivos. Deben concurrir a la formación y capacitación de dirigentes en general y en cuestiones de género en particular, para que éstas/os se encuentren en condiciones aptas para desempeñar con idoneidad los cargos públicos para los cuales sean eventualmente electas/os o designadas/os”-

Art. 8° - Modifíquese el Artículo 27 de la Ley N° XI-0346-2004 (5542 *R) LEY DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Con anterioridad a la elección de las candidaturas los organismos partidarios competentes deberán sancionar una plataforma electoral o ratificar la anterior, de acuerdo con la declaración de principios, el programa o bases de acción política, garantizando la paridad de género.

Asimismo, en oportunidad de requerirse la oficialización de las listas, deberán remitirse a la Autoridad de Aplicación copia de la plataforma y la constancia de la aceptación de las candidaturas por las personas candidatas.

Las listas de candidaturas para elecciones de Legisladoras/es, Concejales/es y Convencionales Nacionales, Provinciales y Municipales que presenten los partidos políticos, confederaciones y/o alianzas transitorias en el ámbito de la provincia de San Luis, deben integrarse ubicando de manera intercalada a personas de género femenino y masculino, en forma indistinta salvo disposición contraria de la Ley que regule el régimen electoral provincial o municipal,

desde el primer cargo titular hasta el último cargo suplente. Cuando se convoque para elegir UN (1) sólo cargo titular, el/la candidato/a suplente deberá ser de género distinto al que se postule para aquél. Resultará de aplicación supletoria a la presente Ley las disposiciones contenidas en el Código Electoral Nacional el cual deberá interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer “Convención de Belem do Pará” y las Leyes N° 26.485 “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” y N° 26.743 “Ley de Identidad de Género”. El Tribunal Electoral dentro de las atribuciones del Artículo 95 Inciso 2) de la Constitución de la provincia de San Luis, no podrá oficializar ninguna lista de candidaturas que no cumpla con lo dispuesto en el presente Artículo”-

Art. 9° - Modifíquese el Artículo 34 de la Ley N° XI-0346-2004 (5542 *R) LEY DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Las elecciones partidarias internas se registrarán por la Carta Orgánica, subsidiariamente por esta Ley, y en lo que sea aplicable por la legislación electoral.

Las listas de candidaturas para órganos partidarios colegiados, que se presenten para dichas elecciones, deben integrarse ubicando de manera intercalada a personas de género femenino y masculino, en forma indistinta, desde el primer cargo titular hasta el último cargo suplente, garantizándose la participación igualitaria”-

Art. 10. - Modifíquese el Artículo 55 de la Ley N° XI-0346-2004 (5542 *R) LEY DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Son causas de caducidad de la personería jurídico - política de los partidos:

- a) La no realización de elecciones partidarias internas durante el término de CUATRO (4) años;
- b) La no presentación en DOS (2) elecciones consecutivas sin causa debidamente justificada;
- c) La violación de lo determinado en el Artículo 8° Apartados 5 y 6, Artículo 34 Segundo Párrafo y Artículo 39, previa intimación judicial”-

Art. 11. - Disposición Transitoria. Establézcase como disposición transitoria, para lo normado en

el Artículo 2° último párrafo de la presente Ley, que para las renovaciones ordinarias parciales de los años 2021 y 2023 de Diputadas/os provinciales, las listas de candidaturas que se presenten deben integrarse ubicando en su primer cargo titular a personas de género femenino y a partir del segundo cargo de manera intercalada con personas de género masculino, respetando el orden y alternancia desde el primer cargo titular femenino hasta el último cargo suplente.

La Justicia Electoral Provincial y/o el Tribunal Electoral Provincial no podrán oficializar las listas que no respeten el orden de prelación consignado en el párrafo anterior, resultando nulo de nulidad absoluta todo acto contrario a lo dispuesto en el presente Artículo.-

Art. 12. - La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y Judicial de la provincia de San Luis.-

Art. 13. - Regístrese, etc.

LEY I-1027

Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales – Adhesión a la ley nacional 27.533.

Sanción: 19/08/2020

Promulgación: 11/09/2020

Publicación: B.O. 05/02/2021

VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LA MUJER

ADHESIÓN A LA LEY NACIONAL N° 27.533

Art. 1° - Adhiérase la provincia de San Luis, a las disposiciones contenidas en la Ley Nacional N° 27.533 que tiene por objeto visibilizar, prevenir y erradicar la violencia política contra las mujeres y es modificatoria de la Ley Nacional N° 26.485 “De protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”-

Art. 2° - El Poder Ejecutivo Provincial, a través de los Organismos competentes que el mismo determine, adoptará las siguientes acciones:

- a) Diseñar e implementar estrategias públicas para la erradicación de la violencia política contra la mujer;

b) Impulsar mecanismos y campañas de sensibilización y concientización permanentes con el objeto visibilizar, prevenir y erradicar la violencia política contra las mujeres, las cuales deberán transversalizar el enfoque de diversidad para responder a las necesidades de grupos específicos;

c) Incorporar la violencia contra las mujeres en la vida política, en los protocolos de atención e investigación de violencia contra las mujeres;

d) Desarrollar acciones para la investigación y recopilación de estadísticas sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra las mujeres en la vida política;

e) Incorporar la problemática de la violencia contra las mujeres en la vida política en los planes de formación, en especial los destinados a personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Provincia;

f) Instar a que en los medios de comunicación y las redes sociales no se violenten los derechos de las mujeres, la imagen de las mujeres que participan en la vida pública y su privacidad, y combatan los con-

tenidos que refuerzan, justifican o toleran la violencia contra las mujeres en la vida política.-

Art. 3° - Son obligaciones de los Partidos Políticos:

a) Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en la vida política partidaria;

b) Rechazar y sancionar cualquier expresión que implique violencia contra las mujeres en la vida política, en su propaganda política o electoral;

c) Promover la participación política partidaria en igualdad de condiciones;

d) Destinar una parte del financiamiento al fortalecimiento de los liderazgos políticos de las mujeres;

e) Desarrollar y aplicar protocolos para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los partidos políticos;

f) Realizar capacitaciones para las y los dirigentes, su afiliadas y afiliados en la temática de género, violencia contra las mujeres y específicamente violencia política contra las mujeres.-

Art. 4° - Regístrese, etc.

LEY 3726

Creación de la Mesa Provincial de Migrantes, Colectividades y Descendientes.

Sanción: 26/11/2020

Promulgación: 29/12/2020

Publicación: B.O. 15/01/2021

CREACIÓN DE LA MESA PROVINCIAL DE MIGRANTES, COLECTIVIDADES Y DESCENDIENTES

Art. 1° - Créase en el ámbito de la provincia de Santa Cruz La Mesa Provincial de Migrantes, Colectividades y Descendientes, con el objeto de promover instancias de vinculación, visibilización, reflexión, diálogo, participación y debate entre sus participantes y la sociedad en su conjunto.

Art. 2° - Entiéndese como migrante a toda y todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en la provincia de Santa Cruz conforme la legislación vigente; y como colectividades a todo grupo de personas residentes en la Provincia que tengan o no personería jurídica, se reúnan y realicen acciones en conjunto tendientes principalmente a reivindicar, visibilizar y/o mantener las tradiciones, cultura y costumbres de sus países de origen o el de sus antepasados migrantes.

Art. 3° - Los objetivos principales de la mesa serán contribuir a la vinculación entre las diversas colectividades migrantes en pos de:

a) desarrollar instancias de participación colectiva que fortalezcan las interrelaciones históricas que son parte de la identidad santacruceña;

b) articular acciones entre los distintos niveles de gobierno a fines de desarrollar políticas públicas eficaces que den respuestas a las necesidades de los migrantes y las colectividades;

c) difundir las distintas políticas públicas ya existentes que tengan como sujeto de derecho a los y las migrantes o las colectividades;

d) unificar los esfuerzos de las distintas entidades públicas con competencia en la materia;

e) generar un espacio de diálogo entre los migrantes y las colectividades con las instituciones del Estado;

f) contribuir a la vinculación entre las diversas colectividades y los migrantes, a fines de coadyuvar al intercambio de experiencias que ayuden a su desarrollo;

g) promover la organización y el desarrollo de experiencias asociativas, así como la formalización de los distintos grupos representativos de los migrantes y las colectividades;

h) visibilizar las distintas identidades culturales existentes en Santa Cruz, las cuales son parte integrante del acervo cultural de esta Provincia;

i) elaborar un Registro Unificado de Colectividades en todo el territorio provincial, el cual funcionará bajo la órbita de la Secretaría de Estado de Derechos Humanos de la Provincia de Santa Cruz.

Art. 4° - La Mesa Provincial de Migrantes, Colectividades y Descendientes se conformará inicialmente de la siguiente manera:

a) por parte del Poder Ejecutivo Provincial participarán un (1) representante dependiente de la Secretaría de Estado de Derechos Humanos, un (1) representante dependiente de la Secretaría de Estado de Cultura y un (1) representante de la Subsecretaría de Gobierno y Asuntos Registrales, quienes tendrán la tarea de coordinar, convocar y dinamizar dicha mesa;

b) por parte del Poder Legislativo Provincial participarán dos (2) diputadas y/o diputados, cuya representación deberá respetar la paridad de género;

c) se asegurará la representación de los migrantes, las colectividades y descendientes, conforme lo determine la Mesa Provincial en su reglamento.

Art. 5° - La Mesa Provincial de Migrantes, Colectividades y Descendientes se dictará su propio reglamento de funcionamiento y establecerá la periodicidad de sus reuniones, así como los lugares y las formas en las que ésta se reunirá.

Art. 6° - Invítase a la Dirección Nacional de Migraciones, al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, a la Administración Nacional de la Seguridad Social, al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y a todos los organismos nacionales, provinciales y/o municipales con competencia en la materia a participar de la mesa creada mediante la presente.

Art. 7° - Comuníquese, etc.

LEY 3724

LeY Integral de Reconocimiento y Reparación Histórica de Derechos de las Personas Trans.

Sanción: 10/12/2020

Promulgación: 29/12/2020

Publicación: B.O. 15/01/2021

LEY INTEGRAL DE RECONOCIMIENTO Y REPARACIÓN HISTÓRICA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1° - Objeto. La presente ley tiene por objeto asegurar a las personas trans el ejercicio pleno de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad, promoviendo el respeto de su dignidad, buscando lograr la integración social a nivel cultural, económico, laboral, en el ámbito de la salud y la educación, así como en todos los ámbitos de la vida ciudadana.

Art. 2° - Definiciones. A los efectos de interpretación de la presente ley y cualquier otra norma relacionada, siempre que no se indique lo contrario, se entenderá por:

a) identidad de género, a la vivencia interna e individual del género según la percibe cada persona, en coincidencia o no con el sexo asignado al nacer en función a la interpretación -histórica, ideológica y cultural- que se hace sobre los datos bioanatómicos;

b) expresión de género, a la exteriorización de la identidad de género mediante el lenguaje, la apariencia, el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, el nombre, etc.;

c) persona trans, a quien autopercibe y/o expresa un género distinto al sexo que le fue legal y/o conven-

cionalmente asignado al momento del nacimiento, o bien un género no encuadrado en la clasificación binaria masculino/femenino; en particular, se incluye a las personas identificadas como travestis, transgéneros y transexuales;

d) discriminación por razones de identidad y/o expresión de género, a cualquier insulto o estigmatización basada en la identidad y/o la expresión de género de las personas, o cualquier distinción que con dichos pretextos tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir, o de cualquier modo menoscabar el ejercicio igualitario de sus derechos y garantías reconocidos en las leyes, los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución Nacional. También se considera discriminatoria toda acción u omisión que a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores, íconos o signos transmita y/o reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando o propiciando la exclusión o segregación en razón de la identidad y/o la expresión de género.

Art. 3° - Reconocimiento. Se reconoce a la población trans como colectivo en situación de vulnerabilidad, por haber sido históricamente víctima de discriminación, estigmatización y persecución.

Art. 4° - Principios Generales. A los efectos de interpretación y aplicación de esta ley, y de cualquier otra norma relacionada, se velará especialmente por:

a) el respeto de la dignidad inherente y la autonomía personal, incluida la libertad de decidir sobre el propio cuerpo y el propio proyecto de vida;

b) el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, buscando en particular la igualdad real de oportunidades;

c) el principio pro persona.

CAPÍTULO II

DERECHOS, GARANTÍAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 5° - Protección de los derechos y libertades de las personas trans. Los poderes públicos de la provincia de Santa Cruz promoverán el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas trans sin discriminación por razones de identidad y/o expresión de género. Para ello deben:

a) adoptar todas las medidas pertinentes en el ámbito Legislativo, Administrativo y Judicial, para hacer efectivos los derechos de las personas trans reconocidos en la presente ley, en las leyes nacionales, la Cons-

titución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En particular, se promoverá la derogación o modificación de leyes, decretos y disposiciones de rango inferior, normas consuetudinarias y prácticas usuales que resulten discriminatorias por razones de identidad y/o expresión de género.

b) tener en cuenta, en la toma de decisiones sobre políticas públicas en general, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas trans.

c) Implementar medidas para prevenir la discriminación por razones de identidad y/o expresión de género, ya sea por parte del Estado, de otras personas jurídicas o de personas físicas;

d) promover la formación y actualización de conocimientos de los/as profesionales y el personal que en cualquier modo interviene en la promoción, garantía y ejercicio de los derechos de las personas trans;

e) fomentar el respeto de las organizaciones sociales promotoras de los derechos de las personas trans.

Art. 6° - Concientización y sensibilización de la sociedad. Los poderes públicos de la provincia de Santa Cruz adoptarán medidas a corto, mediano y largo plazo, efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad en general, dentro y fuera de las familias, respecto de las personas trans, fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de las mismas y trabajar contra los estereotipos, prejuicios y prácticas que afectan el ejercicio igualitario de sus derechos.

A tal efecto, los poderes públicos de la provincia de Santa Cruz, en el ámbito de sus competencias, deberán:

a) realizar campañas de sensibilización y visibilidad pública destinadas a:

1) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas trans.

2) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas trans.

3) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas trans y de sus aportes en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral.

b) fomentar en todos los niveles del sistema educativo desde el nivel inicial el respeto de los derechos de las personas trans;

c) instar a los medios de comunicación a respetar la dignidad y derechos de las personas trans, y a cola-

borar en el marco de sus responsabilidades sociales a alcanzar los objetivos de la presente ley;

d) promover programas de sensibilización que tengan en cuenta a las personas trans y sus derechos.

CAPÍTULO III

VIDA DIGNA, LIBERTAD Y SEGURIDAD

Art. 7° - Derecho a una vida digna. La provincia de Santa Cruz y sus poderes públicos adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a una vida digna de las personas trans, en igualdad de condiciones con las demás.

Art. 8° - Libertad física y seguridad. Los poderes públicos, funcionarios/as, dependencias y empleados/as de la provincia de Santa Cruz asegurarán a las personas trans, en igualdad de condiciones con las demás personas, el goce de la libertad física y del derecho humano a su seguridad. Se pondrá especial cuidado en garantizar que no sean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente, que cualquier privación de la libertad sea de conformidad con la ley y nunca bajo pretexto de la identidad y/o expresión de género de la persona.

En el caso de personas trans privadas de su libertad se garantizará el debido proceso y el respeto de los derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás personas que se encuentren en dicha situación a través del monitoreo permanente del proceso.

Art. 9° - Protección contra la violencia, la explotación, la trata y el abuso. La provincia de Santa Cruz protege a las personas trans contra la explotación, la violencia, la trata de personas y el abuso.

Para ello, los poderes públicos de la provincia de Santa Cruz deberán:

a) adoptar todas las medidas de carácter administrativo y judicial o de cualquier otra índole que permitan proteger a las personas trans tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia, trata y abuso;

b) brindar información y asistencia a personas trans sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia, trata y abuso;

c) asistir a las personas trans que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia, trata o abuso, para su rehabilitación física, cognitiva y psicológica, y su inclusión social. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona. Cuando las

circunstancias lo hagan necesario a fin de resguardar la integridad de las personas, se otorgará la protección necesaria;

d) promover legislación y políticas efectivas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas trans sean prevenidos, detectados, investigados y juzgados.

Art. 10. - Integridad física y mental. Toda persona trans tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás personas.

CAPÍTULO IV

DATOS PERSONALES, CAMBIOS REGISTRALES Y PRIVACIDAD

Art. 11. - Protección de datos personales. La provincia de Santa Cruz protegerá la privacidad de la información personal y relativa a la salud de las personas trans, en igualdad de condiciones con las demás personas y con especial recaudo de los datos identitarios de las mismas.

Art. 12. - Respeto a la identidad de género declarada. Para el caso de personas trans que no hayan iniciado o concluido las modificaciones registrales tendientes al reconocimiento de su identidad de género autopercebida, se deberá respetar la identidad de género y el nombre de pila declarados por la persona en concordancia con lo establecido en el Artículo 12 de la Ley Nacional 26743.

Cuando fuera absolutamente necesario registrar los datos obrantes en la documentación personal se utilizará un sistema de codificación, indicando únicamente las iniciales del/los nombres de pila, el apellido y el tipo y número de documento.

Art. 13. - Trato digno. Los poderes públicos garantizarán a las personas trans, tanto en el ámbito público como el privado, el trato digno acorde a la identidad de género adoptada.

Art. 14. - Protección de la privacidad y la intimidad. Ninguna persona trans, independientemente de su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. La provincia de Santa Cruz implementará todas las medidas necesarias para protegerlas frente a dichas injerencias o agresiones.

Art. 15. - Respeto del hogar y la familia. Los Poderes del Estado de la provincia de Santa Cruz deberán

tomar medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas trans en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad, la maternidad y las relaciones personales, asegurándoles el reconocimiento pleno de su derecho de casarse y formar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los/as futuros/as cónyuges.

CAPÍTULO V

EDUCACIÓN

Art. 16. - Derecho a la educación y acceso a bienes culturales. El sistema de educación en todos sus niveles, tanto de gestión pública como de gestión privada, promoverá la inclusión educativa de las personas trans, a través de acciones positivas que contemplen estrategias para promover el acceso efectivo al derecho a una educación de calidad y libre de cualquier tipo de discriminación. Asimismo, el Poder Ejecutivo Provincial promoverá el acceso de las personas trans a bienes culturales y a una educación integral a lo largo de toda la vida.

Se incluyen como objetivos específicos del sistema educativo:

a) desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima de las personas trans;

b) posibilitar la integración de las personas trans y su participación efectiva en todos los ámbitos de la sociedad;

c) fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales en general, y de las personas trans en particular, así como el valor positivo de la diversidad.

Se debe privilegiar la inclusión e integración al sistema educativo general. El Poder Ejecutivo Provincial deberá ofrecer alternativas específicas para garantizar la terminalidad educativa cuando circunstancias especiales hicieran peligrar el acceso o permanencia en el sistema educativo de las personas trans.

Art. 17. - Inclusión educativa. Es responsabilidad de todas las instituciones y organismos involucrados en el sistema educativo, de cualquier nivel:

a) promover que las personas trans se encuentren incluidas en el sistema educativo y no se les restrinja el acceso o permanencia por razones de identidad y/o expresión de género, y que las niñas y niños trans no queden excluidos/as de ningún establecimiento;

b) diseñar estrategias de capacitación, sensibilización y formación docente para el abordaje de situaciones vinculadas a los derechos reconocidos para las personas trans y sus familias;

c) prestar apoyo psicológico, pedagógico y social con el fin de facilitar el desarrollo académico y social de las personas trans;

d) incorporar especialmente a las personas trans en programas para culminar estudios en todos los diferentes niveles, facilitándoles el acceso a los cupos disponibles y becas que se otorguen en los casos pertinentes;

e) garantizar un trato digno a las personas trans a lo largo de su trayectoria educativa, promoviendo el respeto y la no discriminación, en particular adecuando las gestiones administrativas y de toda índole que los involucre, a la identidad de género autopercebida y desarrollando estrategias que promuevan la integración y respeto con sus pares estudiantes.

Art. 18. - Becas y apoyo estudiantil. Los sistemas de asignación de becas cuyo otorgamiento dependa directa o indirectamente del Estado Provincial, deberán prever un cupo mínimo del uno por ciento (1%) para personas trans. De no contarse con postulantes suficientes dentro de ese porcentaje, se reasignarán las vacantes para el resto de los solicitantes.

Art. 19. - Formación para el desarrollo social y la vida. Se facilitará a las personas trans el acceso al aprendizaje de habilidades para la vida y el desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad.

A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, se adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros/as, incluidos/as maestros/as trans, que estén calificados/as en identidad y/o expresión de género y para formar a los/as profesionales y el personal de todos los niveles educativos.

Art. 20. - Acceso a la educación superior. Se fomentará el acceso a la educación superior de las personas trans, la formación profesional, la educación para adultos/as y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás personas.

Art. 21. - Trato de las personas trans en el sistema educativo. El Consejo Provincial de Educación (CPE) dispondrá que los métodos, currículas y recursos educativos se dirijan a aumentar la comprensión y el respeto de la diversidad de identidades de género,

incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y familiares en este sentido. En particular:

a) las personas trans, independientemente de los datos obrantes en su documentación personal, serán tratadas e inscriptas conforme a su identidad de género respetando el nombre de pila con que se identifican en todos los establecimientos educativos de gestión pública o privada en concordancia con lo establecido en el Artículo 12 de la Ley Nacional 26743 y Artículo 13 de esta ley;

b) el CPE emprenderá programas de capacitación y sensibilización, así como la inclusión de contenidos transversales, en cuanto a las normas internacionales y nacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación en general, y en particular en lo relativo a las identidades trans, dirigidos a docentes y estudiantes en todos los niveles educativos, con el objetivo último, pero no excluyente, de eliminar todo tipo de discriminación por razones de identidad y/o expresión de género;

c) el CPE emprenderá el desarrollo de planes de estudio, especialmente formulados para la inserción laboral de personas trans.

CAPÍTULO VI

SALUD INTEGRAL

Art. 22. - Derecho a la salud integral. La provincia de Santa Cruz reconoce el derecho de las personas trans a disfrutar del mayor nivel de salud, sin discriminación por razones de identidad y/o expresión de género. Se adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas trans a servicios de salud con disponibilidad de especialistas en cuestiones relacionadas con identidad y/o expresión de género. En particular:

a) se proporcionará a las personas trans atención gratuita de la salud en todas las áreas de especialización conforme los alcances que determine la autoridad sanitaria, incluyendo el ámbito de la salud sexual y reproductiva;

b) se garantizará el acceso gratuito a servicios de salud en materia de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) en general, y Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) en particular, que permitan, entre otras prácticas, la pronta detección y, cuando proceda, intervención, así como a servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas enfermedades;

c) se exigirá a los/as profesionales de la salud que presten a las personas trans atención en igualdad de

condiciones con el resto de las personas, y que todas las prácticas y decisiones relacionadas con su salud sean tomadas por la persona sobre la base de un consentimiento libre e informado;

d) se capacitará y sensibilizará a los/as profesionales de la salud y personal administrativo de centros de salud respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas trans.

Art. 23. - Derechos en el ámbito de servicios de salud. Las personas trans en todos los efectores públicos o privados del sistema de salud gozan de los siguientes derechos:

a) a ser tratadas e inscriptas conforme a su identidad de género de conformidad con lo establecido en el Artículo 12 de la Ley Nacional 26743 y el Artículo 13 de esta ley;

b) cuando existan dependencias diferenciales para la atención médica en función de las características sexuales constituidas por los datos bioanatómicos de las personas, a recibir el trato que se corresponda con su identidad de género, independientemente de los datos obrantes en la documentación personal presentada, en conformidad con lo establecido en el Artículo 12 de la Ley Nacional 26743 y en la presente ley;

c) a ser atendidas por profesionales sensibilizados/as en la temática, con experiencia, tanto en la especialidad concreta en que se enmarque el tratamiento, como de las cuestiones específicas relacionadas con la transexualidad en general, si correspondiera;

d) al respeto de sus derechos reproductivos, sin discriminación por motivos de orientación sexual ni de identidad y/o expresión de género, para lo cual se deberán implementar todas las medidas necesarias, administrativas o de cualquier índole.

Art. 24. - Prohibición de terapias de aversión. Se prohíbe terminantemente el uso en el territorio de la provincia de Santa Cruz de terapias de aversión sobre personas trans y cualquier otro procedimiento que suponga un intento de anulación de la personalidad, vejaciones o tratos discriminatorios o humillantes que atenten contra su dignidad personal.

Art. 25. - Prohibición de diagnósticos. De conformidad con lo establecido en los Artículos 4, 11 y 13 de la Ley Nacional 26743, se prohíben los diagnósticos psiquiátricos, psicológicos, médicos o cualquier otro requisito que no sea el consentimiento informado y los estudios médicos específicos comunes a cualquier práctica médica, para acceder a cualquiera de los tratamientos de salud integral incluidos en esta ley. El/

la funcionario/a, psiquiatra, médico/a o psicólogo/a que así los exija será pasible de las sanciones que correspondan.

Art. 26. - Formación de profesionales especializados. El Ministerio de Salud y Ambiente de la provincia de Santa Cruz establecerá las medidas pertinentes, en estrecha colaboración con las asociaciones de profesionales correspondientes, con las universidades y con las organizaciones de promoción de los derechos de las personas trans, para asegurar la formación de profesionales idóneos con conocimientos específicos en materia de salud integral de las personas trans.

Art. 27. - Tratamientos de modificación corporal y genital. Todas las personas podrán acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona.

Se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida.

Se entiende por tratamientos hormonales integrales a aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido.

Art. 28. - Centros especializados de identidad de género. Créase centros especializados en identidad de género (CEIG) que funcionarán física y administrativamente en el ámbito de los hospitales públicos provinciales de acuerdo a la reglamentación que la Autoridad de Aplicación determine en base a conveniencia geográfica, distributiva, social y profesional disponible.

CAPÍTULO VII

ACCESO AL TRABAJO

Art. 29. - Derecho al trabajo y a las condiciones dignas de trabajo. La provincia de Santa Cruz reconoce el derecho de las personas trans a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás personas; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de acceder a un trabajo digno. Se promoverá el ejercicio del derecho al trabajo, también para las personas que transición en

el género durante el empleo, adoptando las acciones que resulten necesarias a estos fines.

En particular, las acciones mencionadas tenderán a:

a) prohibir la discriminación por motivos de identidad y/o expresión de género con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección y contratación y la continuidad en el empleo;

b) proteger los derechos laborales de las personas trans a fin de lograr, en igualdad de condiciones con las demás personas, condiciones de trabajo justas y favorables, y para alcanzar en particular la igualdad de oportunidades e igual remuneración por igual tarea, así como para asegurar condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso en el ámbito laboral, y la reparación por agravios sufridos;

c) asegurar que las personas trans puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás personas y promover su participación en las organizaciones sindicales;

d) garantizar que las personas trans tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, formación profesional y continua;

e) alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas trans en el mercado laboral, y brindarles herramientas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo, a través de campañas, políticas públicas y capacitaciones, entre otras acciones;

f) promover oportunidades empresariales, de trabajo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de emprendimientos propios;

g) promover el empleo de personas trans en el sector público y privado mediante políticas públicas que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

h) promover la adquisición por parte de las personas trans de experiencia laboral;

i) promover programas de orientación vocacional y capacitación profesional, tendientes a reforzar la permanencia en el empleo y la incorporación a trabajos registrados para personas trans;

j) promover la actuación articulada entre las organizaciones de la sociedad civil de personas trans y las instituciones gubernamentales en la ejecución de las políticas de empleo a que se refiere la presente ley,

con el fin de erradicar la discriminación que sufre este colectivo en el acceso al trabajo digno;

k) promover y alentar el reconocimiento a la heterogeneidad, la pluralidad, la singularidad, la creatividad y las diferencias en las identidades, en el marco de los Derechos Humanos;

l) garantizar a las personas trans el acceso a un trabajo registrado y a un nivel de vida adecuado;

m) favorecer el acceso y permanencia de las personas trans al mercado laboral formal.

Art. 30. - No discriminación en el ámbito del empleo público. El Estado Provincial, en su carácter de empleador, es responsable de garantizar en la contratación de personal y las decisiones de promoción laboral la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad y/o expresión de género.

Art. 31. - Cupo en el ámbito público. El Estado Provincial en el ámbito de sus tres poderes, las empresas estatales, los órganos centralizados y descentralizados, empresas con capital estatal mayoritario, están obligados a mantener un porcentaje de empleados y empleadas trans no inferior a un uno por ciento (1%) de su planta transitoria, permanente y contratada, sujeto a la reglamentación que determine la Autoridad de Aplicación en la materia.

CAPÍTULO VIII

NIVEL DE VIDA Y VIVIENDA

Art. 32. - Nivel de vida adecuado y protección social. La provincia de Santa Cruz fomentará el derecho de las personas trans a tener un nivel de vida adecuado y en mejora continua, y a la protección social, para ellas y sus familias. Para ello, se adoptarán las medidas pertinentes para promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por razones de identidad y/o expresión de género.

Art. 33. - Acceso a la vivienda. El Instituto de Desarrollo Urbano y Vivienda (IDUV) deberá garantizar el derecho a la vivienda de las personas trans, a cuyos fines deberá asignar adjudicaciones de vivienda social en condiciones prioritarias a las personas trans inscriptas en el registro de postulantes, quienes deberán acreditar la residencia efectiva por el tiempo que requieren las normas específicas del Instituto, sujeto a la reglamentación que a sus efectos el organismo determine.

CAPÍTULO IX

ASIGNACIÓN

Art. 34. - Asignación. La Provincia de Santa Cruz otorgará una asignación mensual para personas trans mayores de cuarenta (40) años de edad, que cuenten con una residencia efectiva y mayor a veinte (20) años inmediatos anteriores a la fecha de su otorgamiento. El cambio de residencia, fuera de la provincia de Santa Cruz, provocará la caducidad automática de la asignación.

Art. 35. - Alcance. Para acceder a la asignación establecida en el Artículo 34 de la presente, las personas trans deberán haber realizado su cambio registral conforme la Ley Nacional 26743 y su Decreto Reglamentario N° 1007/2012.

Art. 36. - Monto. El importe de la asignación prevista, será equivalente al haber mensual estipulado en la escala del Convenio Colectivo de Trabajo de los trabajadores de la Administración Pública Central para un trabajador con la Categoría 10. El goce del mismo será incompatible con otros ingresos formales.

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES FINALES

Art. 37. - Gratuidad. Acceso a la justicia. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con

la presente ley en razón de un derecho o interés individual o colectivo gozarán del beneficio de justicia gratuita. Se considerarán a las personas trans, personas en condiciones de vulnerabilidad a los fines de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de Vulnerabilidad, las que deberán aplicarse a todo proceso en que los que se reclamen derechos reconocidos en la presente ley.

Art. 38. - Autoridad de Aplicación. Será Autoridad de Aplicación la que defina el Poder Ejecutivo Provincial en el ámbito de sus competencias.

Art. 39. - Presupuesto. Los gastos que demande la presente ley serán imputados a las partidas presupuestarias correspondientes al año en curso. Autorízase al Poder Ejecutivo Provincial a realizar la reasignación de partidas presupuestarias que resulten necesarias para la implementación de las disposiciones de esta ley durante el ejercicio presupuestario correspondiente.

Art. 40. - Reglamentación. El Poder Ejecutivo Provincial reglamentará la presente ley en el plazo máximo de ciento ochenta (180) días hábiles de promulgada la misma.

Art. 41. - Comuníquese, etc.

LANZAMIENTO TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN MATERIA DE FAMILIA



Directores: Gonzalo Javier
Gallo Quintian, Marcela
Virginia **Panatti**, María
Soledad **Pennise Iantorno**
y Gabriel Hernán **Quadri**



3 Tomos + eBook



Contiene códigos QR
con material adicional.

Esta obra colectiva aborda las distintas situaciones que en lo cotidiano, dentro del ámbito familiar o afectivo, pueden generar algún tipo de daño que requiera una reparación ulterior o la activación de mecanismos de prevención. La publicación se enfoca en dos grandes ejes: el deber de reparar el daño causado y la preservación de los vínculos familiares, sobre todo cuando la víctima del daño producido sea un niño o un adolescente. Asimismo, ante el contexto actual, la obra también aborda en algunos de los capítulos los temas pertinentes a las consecuencias jurídicas relacionadas con el COVID-19 como lo son, por ejemplo, las cuestiones referidas a la situación actual familiar, la protección en materia de violencia familiar, la salud mental, los adultos mayores, el régimen de comunicación, de prescripción, de prueba, entre otros



ESCANEE EL CÓDIGO QR
y acceda al índice interactivo de la colección.
Comience a leer el primer capítulo.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido**
específico para abogados.



ThomsonReutersLaLey



@TRLaLey



ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY[™]

Información confiable
que avala sus argumentos.

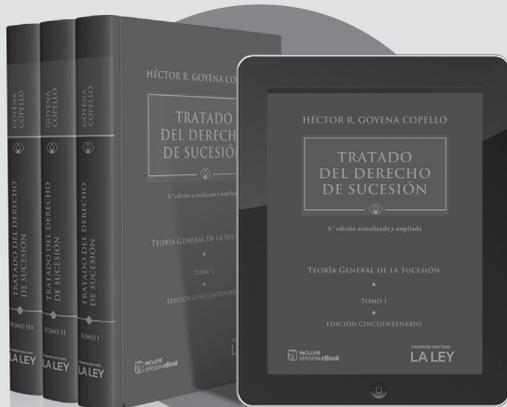
TRATADO DEL DERECHO DE SUCESIÓN

5.^a edición actualizada y ampliada

Héctor Roberto Goyena Copello



2021



3 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

Esta obra es un clásico del Derecho Sucesorio, como así también su autor que, por su trayectoria y reconocimiento, es el especialista más destacado en el mercado en todo lo que refiere a sucesión. Sus obras han sido siempre un éxito. Hoy, a más de 5 años del nuevo Código Civil que modificara tan ampliamente todo lo referente al Derecho Sucesorio, presentamos esta quinta edición completamente actualizada, la cual incorpora la nueva doctrina con sus fundamentos.

Debido a los cambios que ha sufrido el Derecho Sucesorio, el autor desarrolla todos los institutos del mismo con análisis de conjunto y claridad en su interpretación para poder llevar soluciones a nuestros lectores. La obra que hoy presentamos trata integralmente el Derecho Sucesorio, citando además los fallos más importantes, desarrollando en forma exhaustiva y sistemática todas las instituciones de la materia.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

 **THOMSON REUTERS**[®]



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

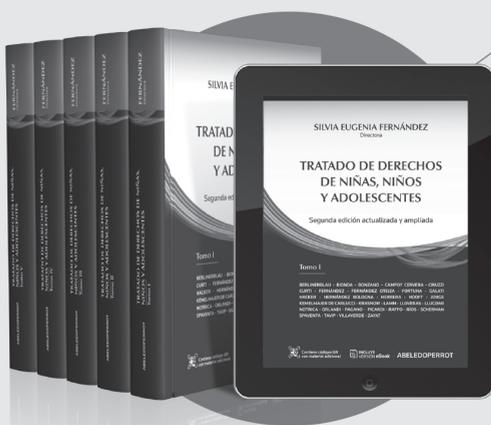
TRATADO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Segunda edición ampliada y actualizada

Silvia Eugenia Fernández (Directora)



2021



Esta obra
contiene
Códigos QR
con material
adicional.



5 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

Obra colectiva en la que se aborda el régimen de niñas, niños y adolescentes de forma integral, desde lo civil, penal, constitucional, comercial, etc. Estudia también las intersecciones como niñez-género y niñez-violencia, dando suma importancia a los derechos humanos.

A diferencia de sus tres tomos originales, este Tratado se ha ampliado a 5 tomos debido al desarrollo que han tenido las diferentes cuestiones reguladas en el CCyC, fundamentalmente aquellas que involucran el desarrollo evolutivo de los derechos humanos. Es por ese motivo que el material fue reanalizado, reinterpretado y repensado a la luz de los nuevos paradigmas. Incluye un análisis comparativo del régimen en las distintas provincias del territorio nacional.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

 **THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

